This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

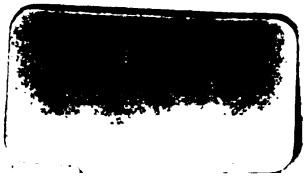
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 771 596

Mg. L 3784

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 1, 1897.



Germany

Die

römiſche Lehre vom Eigenthum

in

ihrer modernen Anwendbarkeit.

Von

Dr. jur. E. Bagenſtecher,
Dezenten an der Univerſität zu Heidelberg.

ADVOCAT
Dr LEHMANN
DRESDEN

Dritte Abtheilung:

Rechtsſchutz des Eigenthums.

Heidelberg.
Verlag von Bangel und Schmitt.
1859.

Dec. Mar. 1, 1899

Inhalt.

Einleitung. S. 1. §. 1: Ueberſicht des Inhalts der folgenden Darſtellung.

Erſter Titel: Die Eigenthumsklage: S. 5. §. 2: Gegenſtand. §. 3: Quellen: S. 11. §. 4: Literatur: S. 12. §. 5: Klägereigenthum: S. 12. §. 6: Klägers Nichtbeſitz: S. 39. §. 7: Beſitz des Beklagten: S. 56. §. 8: Die Sache: S. 70. §. 9: Klagzweck: S. 89. §. 10: Kennzeichnung der Sache und Prozeßort: S. 128 §. 11: Beweis: S. 137. §. 12: Vertheidigung: S. 175.

Zweiter Titel: Beiträge: S. 182: §. 13: Verneinende dingliche Klage. §. 14: Dingliche Klage des redlichen Erwerbers: S 193. §. 15: S. g. dingliche Klage des deutſchen Rechts: S. 207. §. 16: Beſitzklagen: S. 225.

Einleitung.

§. 1. Ein Recht ist nur dann über der Macht erhaben, wenn ein höherer Zwang ihm helfend zur Seite steht. Ein Privatrecht sucht und findet diese Hülfe in der Staatsgewalt. Die Hülfe, welche die Staatsgewalt dem Privatrechte angedeihen läßt, ist die Ausgleichung der Zustände mit den subjectiven Rechten; das Wesentliche ist somit, daß der Staat dem Berechtigten seinen Arm leiht zur ungestörten Ausübung des Rechts. Es ist also die vollstreckende Staatsgewalt, welche unmittelbar das Recht verwirklicht.

Aber der Staat fordert, bevor er jene Hülfe spendet, den Nachweis der Existenz und der thatsächlichen Verletzung des subjectiven Rechts. Denn 1) nur das Recht will er verwirklichen, 2) nur die dem Recht widerstrebenden Zustände darf er von Rechts wegen reformiren. Da nun Niemand sein Privatrecht auszuüben gezwungen werden kann, so knüpft der Staat seine Hülfe vor Allem an die Klage des Berechtigten. Andrerseits setzt er Richter ein, alle Klagen zu hören; dieß ist nothwendig, da Eigenmacht nicht zu dulden ist. Die Aufhebung der Befugniß zur Eigenmacht hebt die eigenmächtige Selbstvertheidigung mit auf, soweit der Gegner, dem Rechtsgesetz gehorchend, nicht eigenmächtig, sondern klagend auftritt. Der vom Staate gewährte Ersatz der gegen gerichtliche Klage undenkbaren eigenmächtigen Vertheidigung — denn die Staatsgewalt selbst ist stärker als jede Privatgewalt — stellt sich dar in der nothwendigen Zulassung der gerichtlichen Vertheidigung. Bestreitet der Beklagte das Recht des Klägers, oder behauptet entkräftende Gegenrechte die der Kläger hinwiederum in Abrede zieht, oder läugnet daß er den richtigen Kläger oder Richter vor sich habe sowie daß er selbst der richtige Verklagte sei, oder endlich macht er überhaupt Einwendungen gegen Einlassung

oder Verurtheilung auf die Klage geltend: dann liegt der Rechtsſtreit vor, den der Richter erledigt, den die Staatsexekutive demnächſt vollſtreckt.

Nicht jedes Recht iſt klagbar, aber die Klagbarkeit der Rechte iſt die Regel: nur klagbare Rechte ſind vollkommene Rechte. Klagloſe Rechte können mindeſtens zur gerichtlichen Vertheidigung brauchbar ſein; jedes klagbare Recht kann um ſo mehr auch zur gerichtlichen Abwehr benutzt werden.

Das Eigenthum iſt mehr wie ein Recht; es iſt gleichſam der Boden, in welchem die dinglichen Rechte wurzeln. Es iſt — neben der Freiheit — das vollkommenſte Rechtsverhältniß: es iſt ſeiner Natur nach zu Klage und Einrede brauchbar. Ein natürliches Eigenthum als Pendant des natürlichen Forderungsrechts muß geläugnet werden, ſchon für das juſtinianeiſche Recht. Pacta (nuda) blieben klaglos; die traditio ex consensu transferendi dominii begann bürgerliches Eigenthum auch an bisherigen mancipi res zu wirken. U. ſ. w. Der ganze Unterſchied bürgerlicher und natürlicher Eigenthumserwerbsformen war veraltet. Zwiſchen Hausvater und Hauskind kann ein Forderungsrecht als natürliches beſtehen, Eigenthum kann das Hauskind vom Hausvater in keiner Weiſe und in keinem Sinne erwerben. Wenn der heutige Gebrauch das Hauskind zum Eigenthümer vom Vater geſchenkter Sachen erhebt: ſo erklärt er dieſes Eigenthum als ein bürgerliches. Umgekehrt, ſofern das Hauskind eigenthumsfähig an ſich iſt und wirkliches Eigenthum auf den Vater überträgt, geht dieſes Eigenthum nur als ein bürgerliches über. Ueberträgt ein Unmündiger für ſich allein Eigenthum, ſo iſt die Uebertragung ganz und gar nichtig. Die irrige Freiſprechung des Beklagten im Eigenthumsrechtsſtreit läßt das Eigenthum beſtehen wie es war, aber gegen dieſen Beklagten oder deſſen Rechtsnachfolger iſt es weder durch Eigenthumsklage noch durch Eigenthumseinrede mehr geſchützt. Es bleibt bürgerlich, denn gegen Dritte bleibt es klagbar. Es ſinkt auch gegenüber Jenem nicht hinunter in die Sphäre eines natürlichen Eigenthums: man kann nicht reden von einem relativen natürlichen Eigenthum, da Eigenthum begriffsmäßig abſolut iſt. Man darf auch nicht ſagen, es ſei relativ nichtexiſtent; ſteht doch ſelbſt gegen Jenen die Eigenthumsklage oder Einrede zu, nur wird ſie hinfällig durch

Vorschützung und Beweis der Einrede und Replik des rechtskräftigen Endurtheils. Allerdings kann das Eigenthumsklagrecht durch Verjährung erlöschen, aber 1) bedarf es auch hier der Einrede, 2) bleibt das Eigenthum bürgerlich, denn, um dasselbe zur Einrede zu benutzen, dazu ist Wiedererlangung des Besitzes erforderlich, wird aber der Besitz demnächst wieder verloren, so hindert die alte Verjährung die siegreiche Durchführung der Eigenthumsklage nicht im Geringsten.

Das Eigenthum hat keinen Rechtsschutz, so lange es keines solchen bedarf. Im Wesen des Forderungsrechts liegt der Konflikt zwischen Recht und Zustand von vornherein; das Eigenthum hat die entgegengesetzte Natur. Man erwirbt regelmäßig Eigenthum mittelst Besitzerwerbes; der besitzende Eigenthümer bedarf keiner Eigenthumsklage, also steht ihm keine zu. Das Eigenthumsklagrecht wird folglich erst geboren dadurch daß der Nichteigenthümer besitzt.

Insofern jedoch der besitzende Eigenthümer durch Anmaaßungen Dritter gegen die Freiheit des Eigenthums thatsächlich gestört wird, steht ihm eine protestirende Klage zu, die negative dingliche Klage. Unsere Darstellung wird diese Klage mitumfassen.

Der Eigenthumsklage nachgebildet ist die Klage des „werdenden Eigenthümers", gestützt auf Ersitzungslage des ältren Besitzers — ein Ersatz des Verlustes jener Lage. Sie zu behandeln, veranlaßt uns außer jenem Grunde — daß sie nämlich der Eigenthumsklage nachgebildet ist und zum gleichen materiellen Ziele führt —:

1) der Umstand, daß die Lehre von der Ersitzung, von der Eigenthumslehre untrennbar, nur hierdurch zu vollständiger Erkenntniß gebracht werden kann, ganz abgesehen davon, daß schon der gutgläubige Besitzer weiteren Simes durch seinen bevorzugten Fruchterwerb in die Eigenthumslehre wesentlich eingreift —

2) die Untrennbarkeit der Darstellung von der der Eigenthumsklage in fast allen und den wichtigsten Punkten, besonders zur Lösung des schwierigen Problems über die Eigenthumsbeweisfrage —

3) die praktische Wahrheit, daß der Eigenthümer vielleicht beide Klagen kumuliren, jedenfalls aber die publiciana der directa in rem actio im Interesse leichteren Sieges in geeigneten Fällen vorziehen darf —

4) die neuerdings aufgestellte Behauptung, daß die Publiziana als eine Klage aus relativ besserm Recht — denn sie dringt nur gegen Denjenigen durch der nicht einmal Ersitzungslage hat — ein neues Element zur Geltung gebracht habe, welches heutzutage so weit erstarkt sei, daß, ganz abgesehen von ehemaliger Ersitzungslage des Klägers, immer der überhaupt relativ Besserberechtigte die Sache an sich ziehen könne; hier wird als das Minimum des relativbessern Rechts der Nachweis des Klägers angegeben, daß er vor dem Beklagten, welcher sich über Erwerb nicht ausweist, besaß.

Diese Fragen führen uns auf den Besitzesschutz. Wie der Römer das Eigenthum für stärker als ein Recht im gewöhnlichen Verstande erachtet, so ist ihm der Besitz kein Recht, schwächer als ein Recht. Gleichwohl ist er, so lange er dauert, gerichtlichen Schutzes würdig erklärt; ja, die Art, wie er entzogen wurde, kann als Beleidigung der Rechtsordnung und muß in den positiv anerkannten Fällen den Richter veranlassen, dem Beleidiger die Erstattung des Besitzes oder Besitzinteresses zu befehlen.

Aber das interdictum war keine eigentliche actio; erst die Umgestaltung des Prozesses in der Kaiserzeit näherte das interdictum der actio. Aus dem verletzten oder nicht befolgten interdictum entsprang von jeher praetoria actio; sie scheint als civilis actio bei Justinian den Anfang des Besitzstreites zu bilden, so, daß die Formeln für die Interdikte zu abstrakt ver- und gebietenden Gesetzen gediehen sind. Zu allen Zeiten war die Bestimmung der Besitzerrolle die bedeutendste Vorfrage für Eigenthumsrechtsstreit; wer den Besitz behauptet oder zurückerlangt, kann der Eigenthumsklage, kann der Publiziana entrathen; verschmolzen finden sich die petitorischen und possessorischen Rechtsmittel in den einschlägigen Titeln des kanonischen Rechtsbuchs (X. 2, 12. Clem. 2, 3).

Dabei ist aber nicht zu vergessen, daß unsre Arbeit eine zivilistische ist; die Gränze gegen die rein prozessualischen Fragen wird eingehalten werden.

Erſter Titel.

Die Eigenthumsklage.

§. 2. Gegenſtand.

Die Klagbefugniß ſchlummert im Urrechte; ſie wird frei, ſowie und ſoweit die thatſächlichen Zuſtände dem Urrechte widerſprechen; Klagzweck iſt die Ausgleichung.

Der Eigenthümer alſo iſt außer Stande, aus ſeinem Eigenthum zu klagen, ſo lange er ungeſtört daſſelbe beſitzt.

Beſitzt er nicht, ſo ſteht ihm rei vindicatio — beſitzt er nicht ungeſtört, ſo ſteht ihm negatoria actio zu. Es hindert nicht, daß auch Beſitzklagen zuſtehen, doch räth die Klugheit meiſt dieſe vorzuziehen; nur das Eine bleibt zu beachten: nicht Jeder, der im Eigenthumsprozeß ſiegen muß, muß ebendarum auch im Beſitzprozeß gewinnen.

Der ungeſtört beſitzende Eigenthümer bedient ſich gegen Klagen Dritter, deren Rechtsgrund mit dem Eigenthum des Beklagten nicht ohne Weiteres verträglich iſt, der dominii exceptio; ſolches Verklagtſein iſt die dritte und letzte Veranlaſſung der gerichtlichen Eigenthumsbehauptung.

Manche klagbare Anſprüche werden dem Eigenthümer durch ſein Eigenthum erworben, wie die gegen Diebe und Beſchädiger, und ſind doch keine Eigenthumsklagen, indem ſie Entſchädigung bezwecken, und nicht als Klagrechte mit dem Eigenthum erlöſchen. Darum ſind ſie perſönlich, gar nicht dinglich; ihre Darſtellung iſt der Lehre von den Forderungsrechten vorbehalten.

Ebenſo verhält es ſich mit der aquae pluviae arcendae actio — andrer Meinung iſt Brinz Pandekten §. 64 S. 226. Wird durch die künſtliche Vorrichtung auf dem Gute des Negidius das meinige in der Art bedroht, daß es durch den veränderten Lauf oder die verſtärkte Menge des Regen- oder durch Regen ſchwillenden Waſſers Noth leidet, und veräußere ich nun mein Gut an Agerius: ſo kann A. jener Klage eben darum ſich bedienen, weil er Eigenthümer ward — l. 6 §. 4 aq. pl. arc. 39, 3 —: gleichwohl iſt die Klage hierdurch nicht Eigenthumsklage, ſondern die Fort-

dauer des Werks verletzt den A.: die Klage bleibt Schuldklage, ohne daß eine (unmögliche) Singularnachfolge in ein Forderungsrecht anzunehmen wäre. Die Klage strebt, den Naturzustand, wenigstens so weit das Interesse des klägerischen Guts Dieß fordert, wiederherzustellen; daher der (bis zur Streitbefestigung) erlittene Schaden nicht darunter fällt — l. 6 §. 6 ib. — es bleibt ja, soweit dieser absehbar war, das aquilische Klagrecht gegen den Thäter, sollte er gleich der Grundherr selbst sein: l. 7 pr. ib. Umgekehrt stellt die aquilische Klage nicht das Grundstück wieder her so wie es ehedem war, ebensowenig steht sie aus bloß drohendem Schaden zu. So ergänzen sich die beiden Klagen.

Bei der a. aq. pl. arc. muß Negidius, d. h. der Herr des andern Gutes, falls er selbst das Werk vollführte, dasselbe auf eigene Kosten wegnehmen; entgegengesetzten Falls braucht er nur zu gestatten, daß Kläger es entferne. Der Rechtsgrund der Klage bleibt auch hier ein Forderungsrecht, patiendi obligatio; so gehörte das legatum sinendi modo vor Justinian zu den ein Forderungsrecht begründenden Vermächtnissen. Zum Ueberfluß erklärt l. 6 §. 5 aq. pluv. arc. 39, 3 unsre Klage für eine Schuldklage, und verneint deren Dinglichkeit. Wie käme sie nun gar zu der Ehre, eine Eigenthumsklage zu bedeuten? Aber Brinz S. 231 stößt sich daran, daß der Veräußerer des bedrohten Gutes das Klagrecht verliert. Vergleichen wir die römischen Noxalklagen: noxa caput sequitur; auch sie sind gleichwohl Schuldklagen. So ist unsre Klage zugleich aktiv in rem scripta. Aber jener Veräußerer verliert auch alles Klaginteresse; denn 1) auf erlittenen Schaden bringt die Klage nicht, 2) für die Zukunft ist nur der Grundherr bedroht, 3) auch am Verkaufspreise wird Nichts verloren, da das Klagrecht dem Erwerber erwächst.

Nicht beruht das Wesen einer Eigenthumsklage darin, daß sie dem Herrn einer Sache gegen den Herrn einer andern Sache zustände, um des Eigenthums willen. Behauptet Agerius eine Verbindlichkeit von Negidius („restituere oportere"), so ist die Klage wahre Schuldklage.

Hat die Eigenthumsstörung in Folge der künstlichen Wasserschwellung einmal begonnen: so hindert Nichts die Erhebung der negatorischen Klage —

Der persönliche Charakter der verwandten damni infecti postulatio kann keinem Zweifel unterliegen

1) angesichts der l. 18 pr. d. i. 39, 2: „Damni inf. stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis ... sed etiam (ei) cuius periculo res est.“ Jedes Interesse genügt: l. 13 §. 3 ib. —

2) wenn wir erwägen, daß durch jenen gerichtlichen Antrag die Ableistung eines gerichtlichen Versprechens erzwungen wurde. Bevor versprochen war, fand keine Verpflichtung zum Ersatze des eventuellen Schadens statt, wohl aber eine Verpflichtung, jenes Versprechen zu geben, mit der Alternative, daß bei andauernder Weigerung schließlich prätorische Eigenthumsübertragung dem Berechtigten alle diejenige Sicherheit und Genugthuung zuwies, welche in der Natur solcher Fälle begründet ist: l. 7 §. 1 l. 9 pr. d. i. 39, 2. Heutiges Tages aber

1) sind die hierauf bezüglichen missiones in possessionem unbeliebt. — Den Gesichtspunkt des Quasidelikts enthält das französische Recht: Code Napoléon 1386: „Der Hausherr haftet für den durch den Einsturz erregten Schaden, falls dieser in ursachlicher Verbindung steht zu einer mangelnden Instandhaltung oder zu einem Baufehler.“ — Jedoch, soll ich warten bis der Einsturz erfolgt ist, und — abgesehen von persönlichen Gefahren und Unannehmlichkeiten — hernach einen Zahlungsunfähigen verklagen? Denn es ist Zehn gegen Eins zu wetten, daß, wer sein Haus verfallen läßt, die nöthigen Mittel nicht einmal zu dessen Instandhaltung besitzt. Daher sehr gut das badische Landrecht 1386 a die römische Lehre der französischen wieder anschmiegt: „Bei besorglicher Gefahr kann der Nachbar auf Wegschaffung des Baufälligen, oder Sicherheitsleistung für dessen Unschädlichkeit, dringen.“ —

2) kann folglich die Ableistung des Versprechens nicht geweigert werden, nachdem der Richter dieselbe auferlegte. Ist also

a) Verbalkaution (repromissio) genügend — wie immer dann, wenn man suo nomine kavirt: l. 7 pr. d. i. 39, 2 —, so gilt sie als bestellt;

b) Realkaution (satisdatio) dagegen wird unmittelbar mittelst Pfandeinträgen und andren Deckungsmitteln erhoben.

Für die Ausbesserung sorgt die Polizei von Amtswegen, jedenfalls also nach wahrheitsgemäßer Benachrichtigung. Zweckmäßiger

ſcheinen bei alledem die römiſchen Miſſionen, da ſie den Eingewieſenen, der das ſtärkſte Intereſſe hat, reparirten laſſen. Aber nachdem ſie, wie geſagt, in der That veraltet ſind, liegt heutzutage noch weniger Schein vor, die d. i. postul. den Eigenthumsklagen beizuzählen.

Die Befugniß des Eigenthümers, jede nicht ſpeziell befugte Dritteinwirkung auf die Sache auszuſchließen, äußert ſich im Einzelfalle als außergerichtliches Verbot. Bei Grundſtücken zieht die Verbotsverletzung das interdictum quod vi (aut clam) nach ſich: l. 20 pr. §. 1 h. t. 43, 24. Eine theils engere, theils weitere Art Verbot iſt die operis novi nunciatio. — Das Verbot, eine Ausübung des Eigenthums, iſt Willenserklärung, Verwahrung und Warnung, welche nicht eigenmächtig, ſondern nur mittelſt gerichtlicher Klage angefochten und gebrochen werden darf und gebrochen werden kann. Daraus leuchtet ein, daß das Verbot zunächſt eine obligatio non faciendi ſchafft. Dieſe Obligation tritt zu Tage ſeit Verletzung des Verbots; nun beſteht ſie in concreto, vorher in abstracto. Das Verbot iſt alſo analog einer publica lex prohibitiva; der Grundherr iſt Geſetzgeber für ſein Grundeigenthum, innerhalb und unter den ſtaatlichen und Gemeinde-Ordnungen.

Allerdings hatten die Römer rechtsförmliche Prohibitionen: das Verbot vor i. quod vi aut clam, die op. n. n.; von letztrer unterſchied ſich der eben hierher gehörige lapilli jactus (l. 5 §. 10 op. n. n. 39, 1) dadurch, daß er den Beſitz ſchützte, während ein Nunziant den jenſeitigen Beſitz zugab. — Dieſe darf man „Aktionen des Eigenthums" nennen (Brinz, S. 228). L. 10 h. t. 39, 1: „O. n. n. in rem ſit, non in personam". Indeſſen

1) läßt ſich die Bedeutung der l. 10 cit. füglich dadurch erſchöpfend angeben, daß die Verkündigung auf dem Werke geſchah, nicht nothwendig gegenüber dem Bauherrn, ſo jedoch daß ſie dieſem hinterbracht werden konnte: l. 5 §§. 2. 3. ib. —

2) ſind heutzutage grade jene Formen veraltet: Arndts Pand. §. 330 Anm. 8, —

3) theils hatten ſie doch nur die Bedeutung, den Prohibirten, der nicht Realkaution ſtellt: l. 20 §. 9 h. t. 39, 1, zum Unterlaſſen (pr. ib.) des Weiterbauens zu nöthigen, wobei ihm unbenommen bleibt, gegen das Verbot klagend aufzutreten. In letztrer Hinſicht iſt abweichend die Darſtellung bei Arndts §. 330:

„Der Nunziant muß alsbald sein Recht zur Verhinderung klagend geltend machen."

Aber c. un. h. t. 8, 11 und l. 1 §. 9 ib. 39, 1 entscheiden nicht, wer Kläger wird. Es ist natürlich, daß Nunziat sich bei Gericht über das Verbot beschwert. Freilich muß hierauf hin Nunziant sein Verbietungsrecht beweisen, widrigenfalls der Richter das Verbot kassirt: l. un. pr. remissionibus 43, 25. Nur in diesem Sinne hat Jener die Last eines Klägers (Bas. 58, 10 §. 6), wie denn auch das Verbot schon die Stelle einer Klage vertritt. Daß sie keine Klage ist noch nothwendig eine solche einleitet, lehrt der Fall, wenn Nunziat sich bei dem Verbote, ohne weiter zu bauen, beruhigt. Das Verbot also, selbst als außergerichtliche provocatio ad agendum aufgefaßt — eine seine Bedeutung keineswegs erschöpfende Auffassung —, kann als Klageinleitung, geschweige denn als Klage, nimmermehr gelten.

Zwei Theilungsklagen — actio communi dividundo, a. finium regundorum — kann man für Eigenthumsklagen halten: Brinz S. 228 f. Indessen die Theilungsklagen, so sagt §. 20 J. aa. 4, 6, „mixtam causam optinere videntur, tam in rem quam in personam." Ueberdieß ist hiermit gar nicht gemeint und ausgesprochen, daß die Klage zum Theil dinglich sei. Vielmehr bezieht sich jener Ausdruck klarer Weise nur auf die Wirkung der Klage, also auf die eigenthümlich gesteigerte Macht des Richters: wie der Verlauf der Stelle dieß lehrt. Der Richter nämlich kann adjudiziren: das dingliche Element, er kann kondemniren: das persönliche Element. Die Eigenthumsklage führt aber niemals zu Adjudikation, d. h. zu richterlicher Eigenthumsschöpfung; der Eigenthumsrichter deklarirt lediglich vorhandenes Eigenthum. Im Sinne von §. 20 cit. also sind auch die dinglichen Klagen insgesammt der Art, daß sie, ungemischt, causam optinere videantur in personam. Jeder Zweifel schwindet gegenüber §. 1 ib.:

„Actionum summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio et aliis quibusdam modis" —

wohin auch die Quasikontrakte, und unter ihnen die communio incidens zählen,

— „aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditae actiones in rem sunt.“.

Im Theilungsprozeß bestreiten beide einander kein Eigenthum; eigentlich kann Keiner verurtheilt werden. Wenn nun doch, und zwar selbst der Kläger, zu verurtheilen ist: so soll und darf dadurch nur die aus Noth oder Nutzen gebotene Ungerechtigkeit der Adjudikationen ausgeglichen werden. Die Adjudikation selbst aber gehört unter die Eigenthumserwerbsformen, der Prozeß ist ihre justa causa. So wenig also das Tauschgeschäft z. B. in die Lehre vom Eigenthumserwerb, so wenig gehört die Theilungsklage zu den Eigenthumsklagen.

Mehr Schein hat unter beiden die Gränzrichtungsklage für sich. Aber der betreffende Pandektentitel zerstreut gleich Anfangs diesen Schein:

L. 1 fin. reg. 10, 1: „(Haec) actio in personam est, licet pro vindicatione rei sit.“

Liegen die Grundstücke x und z des A resp. B hart aneinander und ist die Gränze bestritten: so läugnet Keiner das Gutseigenthum des Andern, sondern, der Eine oder der Andre voran, ersuchen sie den Richter, die wahre Gränze zu finden oder überhaupt eine klare Gränze zu stecken. Dadurch, daß Jeder eine Gränze behauptet, die der des Andren widerspricht, ist ein streitiges Ackerstück gegeben, welches, zwischen den beiderseits behaupteten Gränzen liegend, in der That getheilt werden soll, falls nicht der Eine ausschließlich Recht hat. Ist die wahre Gränze entweder gar nicht zu finden oder doch zu leicht wieder zu verdunkeln; dann tritt die Adjudikationsgewalt in ihre Funktionen, mindestens innerhalb desjenigen Ackerstücks, welches Keiner als sein Eigen bewiesen hat.

Die l. 1 cit. will aber sagen: „Der Umstand, daß der Beklagte möglicher Weise (sit, nicht est) gar das Eigenthum des Klägers über dessen Grundstück in Abrede ziehen kann, erhebt die Klage nicht zu einer dinglichen.“

Die Folge dieses Bestreitens ist vielmehr nur ein eingewickelter Eigenthumsprozeß, also kann die Gränzrichtungsklage die Eigenthumsklage ersetzen, indem sie dieselbe, behufs Legitimationsprüfung, einschließt.

ADVOCAT Dr LEHMANN DRESDEN

Dürfte dieß genügen, die a. fin. reg. als Eigenthumsklage zu bezeichnen: dann müßte z. B. auch die furtiva condictio als Eigenthumsklage gelten: l. 1 cond. furt. 13, 1.

Endlich sind die Theilungsklagen bonae fidei actiones: s. z. B. c. 3 comm. utr. jud. 3. 38, die Eintheilung der aa. in aa. stricti juris und b. f. beschränkt sich auf einen Theil der Schuldklagen: v. Keller röm. Z. Proz. §. 88, also müssen die Theilungsklagen persönliche Klagen sein.

§. 3. Quellen.

(Greg. Cod. 3, 2. Theod. Cod. 2, 23.) Dig. 6, 1. Cod. 3, 32.

Den Rechtsstreit ordnet die gerichtliche Praxis; so eröffnet die sogenannte Ediktsmasse den Pandektentitel und liefert ihm den Hauptstoff: ll. 1 ... 33. 35 ... 45. 47. 49. 50. 72 ... 77. Die Sabinusmasse ist vertreten in ll. 34. 46. 51 ... 61. 68 ... 71. Papinianeisch sind ll. 48. 62. ... 67, nachpapinianeisch die Schlußfragmente ll. 78 ... 80.

Es vertritt der Titel Aussprüche folgender Rechtsgelehrten: Alfenus Varus, Antistius Labeo, Juventius Celsus, Salvius Julianus, Sextus Pomponius, Gaius, Cervidius Skävola, Aemilius Papinianus, Kallistratus, Furius Anthianus, Domitius Ulpianus, Julius Paulus, Herennius Modestinus.

Die Gesetze des Kodextitels reichen vom Ende der Regierung des Septimius Severus bis unter Diokletian.

Die Titel schließen sich gemäß der Ordnung des ewigen Edikts an die Erbschaftsklagen an: von Rechtsgesammtheit wird vorgeschritten zu Einzelsachen.

Die ungefähre Anordnung des Stoffs im Pandektentitel ist folgende:

1) Uebergang: l. 1 pr.

2) Klagobjekt: l. 1 §. 1 ... l. 5 §. 3. Vgl. ll. 49. 56. 61. 62 Objektive Uebereinstimmung der Partheien: l. 5 §. 4 ... l. 6.

3) Besitz des Beklagten: ll. 7 ... 9.

4) Leistungsort: ll. 10 ... 12.

5) Schicksale des Objekts: ll. 13 ... 16 pr.

6) Leistungssumme: l. 16 §. 1 ... l. 22.

7) Eigenthum des Klägers: l. 23. Vgl. ll. 39 ... 44. 50. 59. 65 §. 1 ... l. 67. 77.

8) Nichtbesitz des Klägers: l. 24.

9) Fingirter Besitz des Beklagten: ll. 25 ... 27 §. 4. Vgl. ll. 69 ... 71.

10) Impenseneinrede: l. 27 §. 5 ... l. 30. Vgl. l. 48. 65 pr.

11) Zuwachs: ll. 31 ... 35 §. 1. l. 64. 78. 79.

12) Contumaz: l. 35 §. 2.

13) Theilvindikation: l. 35 §. 3: l. 76.

14) Legitimation: l. 36, pr.

15) Verschuldungen des Beklagten: l. 36 §. 1 ... l. 38. 60. 63.

16) Wirkungen der Restitution und Nichtrestitution ll. 45 ... 47.

17) Klage gegen die Erben: ll. 51. 52. 55.

18) Jus tollendi: l. 53.

19) Klägersanwalt ist unwissend Selbsteigenthümer: l. 54.

20) Mehrfach Verklagter: ll. 57. 58.

21) Unmittelbare Exekution: l. 68.

22) Exceptio rei venditae et traditae: l. 72. Vgl. Dig. 21, 3.

23) Interrogationes in jure: l. 78 pr. Vgl. Dig. 11, 1.

24) Klage des Erbmiethers: l. 73 §. 1 ... l. 75.

25) Casus unus: l. 80.

§. 4 Litteratur.

Vgl. v. Vangerow §. 332, Arndts (dritte Auflage) §. 166 Anm. 1, ferner

Pellat exposé des principes généraux du droit Romain sur la propriété, suivi d'une traduction du livre VI. des Pandectes. Paris 1853. —

Aloys Brinz Pandekten. 1. Abth. Erlangen 1857. (Kuntze in der Heidelb. krit. Z. Schr. 5 S. 349 ff.).

§. 5 Klägereigenthum.

L. 23 pr. h. t. 6. 1: In rem actio competit ei, qui (aut jure gentium aut jure civili) dominium acquisivit.

Vgl. die 2. Abth. dieses Werkes, Einleitung §§. 7 ... 16.

Man übersetze: „die (nicht eine) in rem actio...". Es giebt noch andre in rem aa., namentlich die confessoria; aber die

Eigenthumsklage allein ergreift die Totalität der Sache, ſie alſo iſt die eigentlichſte, die volle in rem actio, das Modell der dinglichen Klagen. Wiederum ſtellt ſich die rechtliche Identität von Sache und Eigenthum heraus, vgl. Abth. I §. I §. 2.

Bevor das Eigenthum erworben iſt, ſteht keine Eigenthumsklage zu. Z. B. ich habe ein Grundſtück gekauft und bezahlt (u. dgl. Vgl. Seuffert Arch. 9 Nr. 128), aber noch nicht empfangen: l. 50 pr. h. t.; es ſei denn daß ich bereits inne habe: [1]) Stephan. schol. Bas. 126, denn hier iſt brevi manu Tradition anzunehmen: Abth. II S. 207.

Nicht aber darf man ſchließen: „Da das Ziel der Eigenthumsklage die Reſtitution des Beſitzes u. ſ. w. iſt, ſo wäre erforderlich, daß der Kläger früher beſaß.“ Nur regelmäßig wird Eigenthum durch die Form des Beſitzerwerbes begründet; der Erbesfall allerdings macht höchſtens ſcheinbar eine Ausnahme, in Wahrheit geht die Vindikationsbefugniß in und mit dem in der Erbſchaft befindlichen Eigenthum auf den Erben über, dieſer iſt kein neuer, ſondern die Fortſetzung des alten Eigenthümers: l. 50 cit. §. 1. Wäre die Eigenthumsklage Beſitzesklage, wie ſie — in ſtrengem Gegenſatz hierzu — wirklich Rechtsklage iſt: dann dürfte der Erbe ſie nicht gebrauchen ohne vorgängigen Beſitzerwerb der ja in dem Erbſchaftsantritte keineswegs liegt: l. 23 pr. a. p. 41, 2. Die Publiziana aber ſteht auf Seite der Rechtsklagen: arg. l. 30 pr. ex q. c. mai. 4, 6.

Bloße Anwartſchaft auf das Eigenthum begründet die Klagbefugniß ſo wenig, als die Auflöslichkeit des jetzt wirklichen Eigenthums dieſelbe einſtweilen ausſchließt:

L. 66 h. t.: Non ideo minus recte quid „nostrum esse“ vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur si condicio ... extiterit.

Dieſe Stelle hat die Beiſpiele von condicio „legati aut libertatis“, das Eigenthum iſt alſo ein vorauflösliches: Abth. II S. 370. 378 ff. Ebenſo ſteht es um l. 41 pr. ib. (vgl. daſelbſt. S. 369): Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem

1) oder mein Auktor ſich zu meinem Detentor erniedrigt: ſ. g. constitutum possessorium: vgl. Seuffert Arch. 7 Nr. 282: O. A. G. Roſtock.

attulerit, recedatur ab emptione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.

Die Frau hat nach Auflösung der Ehe jedenfalls eine in rem actio (c. 30 j. dot. 5, 12) wegen der Rückgabe der beim Manne befindlichen Dotalsachen, gleichwohl vindizirt während der Ehe der Mann diese Sachen gültig selbst von der Frau: l. 24. r. amot. 25, 2.

Der auf den Todesfall des Schenkers Beschenkte hat, falls die Bedingung eine auflösende ist, jedenfalls einstweilen die Eigenthumsklagbefugniß:

L. 29 m. c. d. 39, 6: Si mortis causa res donata est, sic ut jam nunc haberet, redderet si (donator) convaluisset: in rem (actio competit) interim ei cui donatum est.

Umgekehrt kann die Ehefrau die Dotalsachen während der Ehe nicht vindiziren: c. 9 r. v. 3, 32, es sei denn daß der Mann der Art verarmt ist, daß sie die Verwaltung der Dos selbst übernehmen muß, um die Lasten der Ehe zu bestreiten: c. 29 j. dot. 5, 12.

Also nur der Eigenthümer kann die Eigenthumsklage erheben; ihm aber steht diese Befugniß auch immer zu, sollte das Eigenthum noch so sehr belastet sein. Nur ein solches dingliches Spezialrecht, welches Detention zu seiner Ausübung fordert, hindert die Verurtheilung des Beklagten auf die Eigenthumsklage hin (vgl. l. 33 h. t. vv. „si nudae proprietatis dominus petierit"); doch kann auch in diesem Falle der Eigenthumsprozeß dem Kläger wenigstens zur relativen Anerkennung des Eigenthums verhelfen, welches der Beklagte vielleicht in erster Linie bestritt.

Des Klägers Eigenthumserwerb nach der Streitbefestigung kann in diesem Prozesse nicht gehört werden: l. 23 jud. 5, 1, sollte selbst die Hoffnung, ja Gewißheit dieses spätern Erwerbs schon zur Zeit der Streitbefestigung vorhanden gewesen sein: l. 35. ib. Denn der Richter prüft die Wahrheit der Klage, die Klage aber hatte ihre Zeit; also prüft der Richter, ob der Kläger damals Recht hatte, als er klagte: der maßgebende Zeitpunkt für den Inhalt der Klage ist aber der der Streitbefestigung.

Demgemäß steht auch umgekehrt dem aus dem neuen Erwerb Neuklagenden keine Einrede des anhängigen oder entschiedenen

Prozesses entgegen: l. 11 §. 4 exc. r. jud. 44, 2. Denn in der neuen Klage verfolgt er ein neues, d. h. abermals: ein nach der alten Streitbefestigung erworbenes Recht. Jede actio ist ein Geschäft. Ueberträgt heute Agerius sein Eigen auf Regidius, und wird morgen auf's Neue Eigenthümer: dann kann N. nicht gegen A. das Eigenthum behaupten. Wettet heute A. mit N., wer von ihnen Beiden der Eigenthümer sei, und wird A. morgen Eigenthümer: so kann er weder um deß willen die Wette gewinnen, noch um der Wette willen seinen neuen Erwerb verlieren. Die oben bemerkten Einreden setzen die Identität der Klage voraus, die Klage aber ist subjektiv und objektiv begränzt. Nun versagen die Einreden ebensowohl entgegen einem andern Kläger; z. B. Agerius diente dem Eigenthumskläger als Prozeßbeistand, so hindert selbst Dieß ihn nicht, auch aus ältrem, damals ihm unbekanntem, Erwerbe die nämliche Sache gegen den nämlichen Beklagten für sich selbst gerichtlich anzusprechen: l. 54 h. t. Es kann Nichts ändern, falls A. dort sogar Anwalt war, da ein Anwalt erst durch die Streitbefestigung selbst Prozeßherr wird, somit erst nachher Prozeßherr ist; auch verliert der Bevollmächtigte des Eigenthumsgebers durch Auftragsvollzug sein etwaiges Eigenthum unwissender Weise nicht: Abth. II S. 225. Nicht entgegen steht l. 32 pr. inoff. test. 5, 2:

„Falls ein Enterbter dem Vermächtnißkläger beistand oder ihn gar vertrat, so läßt der Richter Jenen später als einen Ankläger des gleichen Testaments nicht zu: denn mag auch der letzte Wille pflichtwidrig sein, Jener hat ihn stillschweigend anerkannt."

Denn nur der Wissende kann sich seines Rechts, willentlich wenn gleich stillschweigend, begeben. Ueberdieß ist eine große Unähnlichkeit zwischen der Eigenthums- und der Pflichtwidrigkeitsklage. Das pflichtwidrige Testament besteht, bis es durch Richterspruch aufgelöst ist; das Eigenthum des Beklagten besteht nicht. Wer dem Legatar hilft, erkennt den Beklagten als Erben an; wer dem Eigenthumskläger hilft, giebt das Eigenthum des Beklagten entschieden nicht zu, ja er läugnet dasselbe. Der Einzige, welcher aus dieser Beistandschaft zunächst eine Verzichtleistung folgern könnte wäre — der erstre Kläger; dieser aber tritt mit seinem eigenen Advokaten nicht in actio, nicht in Prozeßgegnerschaft; also sind

jedenfalls jene Einreden hier undenkbar, obwohl es möglich bleibt, daß in einem gegebenen Falle A seinen Verzicht auf ein Anfechtungsrecht der Behauptung des B dergestalt verkörperte, daß er aus B's Auftrag ihm hülfe oder ihn vertröte gegen C: daher dann C, siegend, künftig auch gegen A gesichert scheint; dieß Alles aber setzt mindestens voraus, daß A um sein Recht wußte.

Neuer Erwerb des Klägers — sahen wir — schafft neues Klagrecht, dagegen mutata opinio novam actionem non parit: l. 11 §. 5 exc. rei jud. 44, 2. Ein Beispiel bietet §. 1 ib.: „Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, quum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem." Diese mutata opinio ist eine Veränderung in der subjektiven Anschauung oder Auffassung des Klägers rücksichtlich der richtigen Bezeichnung seines alten Rechts. Auch hier jedoch bleibt das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen entschuldbaren Irrthums.

Verlust des Eigenthums nach der Streitbefestigung würde dem Kläger folgerichtig in diesem Prozesse nichts schaden. Man könnte hiergegen sich auf arg. 7 §. 7 ad exhib. 10, 4 berufen wollen, indessen die actio ad exhibendum stützt sich nicht auf ein festes Recht, sondern genugsam auf ein wahrscheinliches Interesse: dieses Interesse muß bis zum klägerischen Prozeßsiege andauern. Niemand hat ein Recht, nach meinem Interesse zu fragen, da wo ich aus meinem festen Rechte klage; der Richter seinerseits bemißt die Entscheidung nach dem in der Streitbefestigung niedergelegten Rechtsverhältniß. Man erinnere sich, daß auch Ersitzungsvollendung nach Streitbefestigung dem Beklagten nicht zur Freisprechung verhilft: Abth. II S. 333 ... 5. 346.

Wie das Klagrecht, so müssen auch die Vertheidigungsrechte des Beklagten zur Zeit der Streitbefestigung begründet sein: l. 47 pr. sol. 46, 3. Excipiendo reus fit actor.

Wie die Wahrheit, so ist auch das Dasein der Voraussetzungen — der Klage nach demselben Zeitpunkte zu bestimmen, und zwar können und müssen alle deßfallsigen Zweifel schon behufs Vornahme der Streitbefestigung gelöst werden: l. 37 pr. §. 1 u. g. 3, 5 l. 34 pr. min. 4, 4. Hierher gehört der Besitz des Beklagten. Dennoch, hatte der Beklagte den Besitz erst zur Zeit des

Endurtheils, nicht schon in der Streitbefestigung, so kann oder muß er verurtheilt werden: arg. l. 17 mand. 17, 1:

„A. beauftragte den N., von T. eine Geldsumme einzutreiben. Bevor N. eintrieb, klagt A. aus dem Auftrag. So ist N. sicher dann zu verurtheilen, falls er mittlerweile eintrieb." v. Savigny Syst. 6 §. 262. S. 68 verwirft mit Recht das arg. a contrario; dennoch, falls weder eingetrieben noch Verzug im Eintreiben begründet war, ist nur Freisprechung denkbar.

Und grade so ist es bei der ad exhib. a., bei beiden im römischen Prozeß bekanntlich „nisi restituat": l. 7 §. 4 ad exh. 10, 4 —. Der Beklagte mußte nicht sich einlassen, aber er ließ sich ein. Der Kläger unterließ zwar, nach dem Besitz zu fragen, gleichwohl hat der Kläger Recht, und Recht wie Unrecht sind unabhängig von Besitz; freilich ist Recht nutzlos ohne Besitz, aber als der Kläger die Verwirklichung seines Rechts verlangen darf besitzt der Beklagte bereits und kann dem Urtheil genügen.

Besaß umgekehrt der Beklagte zur Zeit der Streitbefestigung, hernach, ohne Betrug, nicht mehr: so muß er freigesprochen werden, mag ihm gleich vorzuwerfen sein, „Warum hast Du prozessirt und nicht statt Dessen sofort herausgegeben?" Denn er kann antworten „Ich genügte meiner Pflicht, indem ich mich der Einlassung nicht entzog": arg. §. 5 ib. (ad exhib. a.). Erlangte er aber vor dem Endurtheil, selbst aus einem andern Titel, den Besitz wieder: dann ist er in der That verurtheilbar: §. 6 ib. Ebenso, entsprang ihm aus dem Besitzverluste ein Klagrecht, so ist dasselbe lucrum ex re, nicht ex negotiatione, und Jener zu dessen Zession zu verurtheilen.

Wir schließen hieraus:

Es genügt, daß die Klage wahr sei zur Zeit der Streitbefestigung, es integrirt jedoch dem Rechte der Vertheidigung die Behauptung, daß die eine oder andre Voraussetzung der Klage, d. h. ein Legitimationspunkt aktiv oder passiv weggefallen sei.

Ein Beispiel für aktive Legitimation, unter dem Titel des „weggefallenen klägerischen Interesses", bietet die l. 14 pr. cond. furt. 13, 1, aus welcher mit schwerem Unrecht und gegen die Rechtskonsequenz unsre Gelehrten fast einstimmig das Argument zu entlehnen pflegen, daß der Wegfall des klägerischen Eigenthums nach

der Streitbefestigung die Siegeshoffnung des Eigenthumsklägers ausschließe. Schon die Worte „sine dolo malo furis“ hätten hiervon abhalten müssen. Auch die Praxis wird keinen Grund finden, hier die sichere Bahn der Logik zu verlassen. Denn, entweder der Beklagte selbst erwarb vom Kläger die Sache: so kann er noch in der Exekutionsinstanz durch summarische Einrede sich schützen; oder aber ein Dritter erwarb vom Kläger, gegen Diesen hat der Beklagte nicht mehr Recht wie gegen den Kläger selbst, es ist also nicht einzusehen, warum er freigesprochen werden sollte.

Die römische Regel lautete:

Non potest videri in judicium venisse id, quod post jud. acceptum accidisset; ideoque alia interpellatione opus est (l. 23 judic. 5, 1 s. c.).

Das kanonische Recht (cap. 3 sent. in 6to 2, 14) aber legte praktisch reformatorische Hand an. Ist „Eigenthum“ ohne Beschränkung auf eine einzelne (benannte) Erwerbung behauptet: so soll der Beklagte in diesem Prozesse auch dann verurtheilt werden, wenn der Kläger erst jetzt das Eigenthum erwirbt. Von den Gründen dieser Neuerung nehmen wir den einen an, verwerfen den andern:

1) Eine Freisprechung wäre nutzlos, denn alsbald folgte ein neuer Prozeß, welcher zur Verurtheilung führen muß. Es ist gemeinnützlich, wenn zwei Prozesse in einem aufgehen.

2) Die römische Regel bedrückt das richterliche Gewissen. Denn wie könnte der Richter in einem solchen Falle ehrlicher Weise erklären: „Die Sache ist nicht Eigenthum des Klägers“? Allerdings paßte auch dieser Grund zu der Untersuchungsmaxime, also weder den Römern noch dem deutschen Prozesse. Der Verhandlungsgrundsatz bewirkt vielmehr, daß der Richter auf solche Behauptungen, welche nicht zur Zeit der Kriegsbefestigung wahr gewesen, nicht eingehen darf.

Aus der Natur des anerkannten Grundes unter 1) folgern Vinnius und Stryk mit Recht, daß Eigenthumserwerb nach beendigtem Beweisverfahren — in diesem Prozesse dennoch nicht gehört werden kann. Denn die Akten sind spruchreif; eine Wiederholung des Beweisverfahrens würde den Prozeß grade verschleppen und leicht zur Chikane angewendet werden.

Da übrigens der erstre Grund noch heutzutage zutrifft, dürften auch freier Denkende, auch solche welche die Gefahren des Satzes „cessante ratione legis cessat lex ipsa“ nicht fürchten, die kanonische Modifikation annehmen. Der Wegfall des zweiten gesetzgeberischen Motivs würde dann nur bewirken, daß der Inhalt der Stelle eine rechtliche Besonderheit (Singularität) — propter publicam utilitatem — wäre; dem kanonischen Recht dagegen war dieser Inhalt durchaus harmonisch.

Es ist übrigens sehr zweifelhaft, ob die Römer eine Beschränkung auf eine — benannte — Erwerbung in der Eigenthumsklage zuließen. Praktischen Werth hat diese Kontroverse nicht. Wir würden glauben, es bedurfte dazu einer praescriptio pro actore [1]: wenn nicht Gaius 4 §. 130 ff. solche Präskriptionen auf Schuldklagen wesentlich zu beschränken schiene. Einem Ausspruch des pythischen Apoll aber vergleichbar ist der Satz des Paulus in l. 14 §. 2 exc. r. jud. 44, 2:

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at quum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim amplius quam semel „res mea esse“ potest, saepius autem deberi potest.

Dennoch glauben wir, den wahren Sinn gefunden zu haben. Quot causae, tot obligationes, abgesehen vom concursus causarum lucrativarum. Nicht aber: Quot causae, tot dominia. Bei Beidem setzen wir eine einzige Sache. So weit ist Alles klar. Der Satz „at quum ...“ läßt eine zwiefache Uebersetzung zu:

1) entweder: „Da in der Eigenthumsklage der Erwerbsgrund nicht spezialisirt ist ...“ —

2) oder: „Wenn in der Eigenthumsklage der Erwerbsgrund nicht spezialisirt ist ...“.

Die Praxis, welche das römische Recht in's Mittelalter hinüberführte, muß jedenfalls die zweite Auslegung adoptirt haben,

1) Ea res agatur de eadem re alio modo: vgl. Cic. ad fam. 13, 27 und de fin. 5, 29, dazu v. Savigny Syst. 6 Beil. 17.

denn auch die päbſtliche Reform beſteht nicht darin, die rei vind. expressa causa erſt zuzulaſſen.

Man erinnere ſich der Faſſung der perſönlichen Klage. Die Faſſung „Si paret ... dare oportere“ konnte gar Vieles bedeuten: z. B. causam nexi, mutui, stipulationis, literarum obligationis, und doch war dieſe causa nicht expressa in intentione; gleichwohl ſoll die Wirkung des Judikats ſich beſchränken auf die vom Kläger genannte („dico“) und im Beweisverfahren dargelegte Cauſa. Ja, es können die nämlichen Cauſä mehrfach geſchloſſen ſein; Niemand wird bezweifeln, daß auch hier mehrere Obligationen vorliegen. Das Forderungsrecht iſt individuell durch ſeine Entſtehung, das Eigenthum iſt individuell durch den Sachkörper. Gaius giebt hierfür auch keine Beiſpiele von praescriptiones pro actore. Man muß alſo ſagen: der gleiche Tenor der formula actionis in personam genügte nicht zur Klarheit, daß exceptio rei in judicium deductae oder rei judicatae ohne Weiteres die Klage verwerfe, ſondern der Kläger konnte zeigen, es handle ſich jetzt um eine andre Obligation, denn der (oft körperliche) Leiſtungsgegenſtand iſt nie der unmittelbare Inhalt des (ſtets unkörperlichen) Forderungsrechts. Dieß konnte er nicht zeigen, falls beide Klagen lauteten „Si paret, rem Agerii esse“, oder auch erſt die zweite beifügte „ex causa ...“; denn es iſt das nämliche Eigenthum, welches der erſtre Richter indistincta causa, alſo abſolut, verwarf. Bei dieſer Lage der Sache, bei dieſen unausweichlichen Poſtulaten der Logik, muß es aber möglich geweſen ſein, ſchon die erſte Klage auf eine expressa causa zu beſchränken. N. beſitzt die Sache, welche A. für die ſeinige hält. A. hat mehrere Gründe, das Eigenthum erworben zu haben; einen glaubt er jetzt beweiſen zu können. Soll er warten, bis er annehmen darf, alle Beweismittel für alle Gründe beiſammen zu haben? Jetzt iſt N. vielleicht auf dem Punkt, zu einer den A. gefährdenden Dispoſition über die Sache zu ſchreiten. A. hat das größte Intereſſe, jetzt zu klagen; unterliegt er aber, ſo verlöre er, falls er ſich nicht auf jene eine Cauſa beſchränken dürfte, auch die andren Cauſä. Man tröſte uns nicht mit der Wiedereinſetzbarkeit in den vorigen Stand wegen ſpäter aufgefundener Beweismittel. Wenn A. ſeine Klage nur ſo anſtellt „Ich behaupte Eigenthümer zu ſein durch Spezifikation“,

was liegt hier Rechtswidriges vor, den Magiſtrat trotz des klägeriſchen Widerſtrebens zu veranlaſſen, die Worte „durch Spezifikation“ aus der formulirten Klage zu ſtreichen? Daß aber wirklich „causa adjecta“, d. h. „causa expressis verbis adjecta“ oder „causa expressa“ vindizirt werden konnte, lehrt — jedenfalls für die Publiziana — l. 11 §. 2 ib. von Ulpian:

Si quis petat „fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit“, si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoveri exceptione.

Daß nämlich nun auch die zweite Klage ſich ſpezialiſiren müſſe, iſt in Folge der vorgeſchützten exceptio wenigſtens inſoweit klar, als der Kläger mindeſtens die Klage ſo ſtellen muß „Ich behaupte das Eigenthum aus beliebigen Gründen außer aus der im erſten Prozeſſe bereits behaupteten (und abgethanen) Erwerbung“.

Daß ferner der Ablativus abſolutus der l. 14 §. 2 supra cit. nur mit „wenn“ eingeleitet werden darf, erhellt aus l. 11 §. 2 cit. auf das Deutlichſte durch den Gegenſatz zu §. 1 ib., einer oben bereits mitgetheilten Stelle, und es bleibt ganz willkührlich, wenn Puchta kl. ziv. Schr. Nr. 9 die l. 11 §. 2 cit. auf nova causa superveniens, ſeiner vorgefaßten Meinung zu Liebe, beſchränkt. Vgl. Bekker proz. Conſumption S. 249. v. Keller röm. Z. Pr. 2. Ausg. §. 73.

Entſchieden müſſen wir uns ſchließlich gegen den ſehr verbreiteten und noch von Schmid getheilten Irrthum verwahren, als enthielte der jüngſte Reichsabſchied (§§. 34. 37. 41.)[1] die Vorſchrift, daß der Eigenthumskläger auf eine genannte Cauſa ſich ſpezialiſiren müſſe. Die Tendenz dieſes Geſetzes iſt Abkürzung der Prozeſſe. Der Kläger ſoll das Faktum kurz und nervoſe nennen. Dieß kann allerdings bedeuten, daß die Klagſchrift ſchon alle Eigenthumserwerbsgründe, die der Kläger nur mit einigem Schein anzuführen und ſpäter auszuführen vermöchte, herzählen ſoll, aber daß er ſich ſelbſt ſeine Lage verkümmern müſſe durch Beſchränkung auf einen einzigen, davon ſteht hier kein Wort. Dann aber muß unterſchieden werden zwiſchen der Geſchichtserzählung und der

1) O. A. G. Jena bei Seuffert 6 N. 260. Die prozeſſualiſche Seite der Frage berührt uns nicht.

Rechtsbehauptung. Mag jene ſich nothwendig ſpezialiſiren [1]), das conclusum kann breit dahin lauten, daß Kläger Eigenthümer ſei, den Richter daher bitte, ihn als ſolchen anzuerkennen u. ſ. w. Daraus fließt dann, daß auch das Nichterzählte, jedoch in das Konklusum Fallende, prozeſſualiſch konſumirt wird. Jede widerſtrebende Praxis erſcheint uns unvernünftig; denn auch, daß die Vertheidigungsſchrift auf eine ſolche zu allgemeine Klage nicht gehörig dienen könne, iſt, angeſichts der klägeriſchen Geſchichtserzählung, entſchieden unwahr. Daraus folgt, daß die kanoniſche Reform allerdings ihren praktiſchen Werth behauptet.

Nur der Eigenthümer hat die Eigenthumsklage. [2]) Surrogatum non sapit naturam surrogati: Ich bin nicht Eigenthümer ſolcher Sachen, welche ein Andrer um meine Sachen (für mein Geld) auf eigne Rechnung erwarb: c. 4 comm. utriusque jud. 3, 38 c. 8 si quis alteri 4, 50. Auf das Energiſchſte beſcheidet Gordian den Uſtronius in c. 6 r. v. 3, 32: „Si ex ea pecunia, quam deposueras, is, apud quem collocata fuerat, sibi possessiones comparavit, ipsique traditae sunt, tibi vel omnes tradi, vel quasdam compensationis causa ab invito eo in te transferri, injuriosum est.“ Regelrecht kann mir zur Erlangung jenes Erlöſes die Eigenthumsklage nicht zuſtehen. Dennoch hat das praktiſche Bedürfniß in einer Reihe von Fällen dieſer Art die Zulaſſung der Eigenthumsklage — ohne Eigenthum des Klägers, daher utilis rei vindicatio — erzwungen:

1) Optentu militiae. Das Geld eines Soldaten iſt in obiger Weiſe verwendet worden. Der Soldat wähle zwiſchen Eigenthumsklage und — mandati s. negotiorum gestorum — Schuldklage. Dahin lautet ein Beſcheid des Kaiſers Philippus vom

1) Vgl. O. A. G. Kiel bei Seuffert 6 Nr. 148.

2) Zu der nun folgenden Betrachtung iſt vorzüglich zu vergleichen Rudolph Ihering in den Jahrbüchern für Dogmatik 1, 3: „Uebertragung der rei vind. auf Nichteigenthümer.“ Da ich den Ausführungen dieſes Schriftſtellers, ſo fein ſie ſind, nicht überall beigetreten bin, und beſonders ſeine Unterſcheidung zwiſchen „Stellvertreter“ und „Erſatzmann“, wollte ich ſie hier näher prüfen, vom Wege zu weit ablenken würde, ſo enthalte ich mich näherer Polemik und verweiſe auf die anregende Darſtellung ſelbſt.

Jahre 246 in c. 8 h. t. 3, 32. Die Geſtattung der genannten (einen: mand. s. n. g. actio, nicht actiones) Schuldklage iſt gleich ſingulär, wie die Zulaſſung der Eigenthumsklage. Es verſchlägt Nichts für die Zuſtändigkeit, ob man der Schuldklage den einen oder den andern Namen gibt, da nicht einmal die freieren Vorausſetzungen der unbeauftragten Geſchäftsführung — d. h. daß Jener für den Soldaten kaufte — zuzutreffen brauchen. Treffen ſie zu, ſo macht es in der Stärke der Verbindlichkeit allerdings einen Unterſchied, ob der Soldat Auftrag gegeben hatte oder nicht; ein allgemeinerer Auftrag würde genügen, die Mandatsklage zu begründen. Warum nun wird die ſinguläre Schuldklage zugelaſſen? Jener kaufte „suo nomine“; dieß ſchließt nicht nothwendig eine Betrügerei ein, denn an ſich bezieht es ſich nur auf die Stellung zum Verkäufer — Jener wird alſo Eigenthümer der Waare; ferner aber kann der Käufer das Geld redlich für das ſeinige gehalten haben. Dann verſagt alſo condictio furtiva und dergleichen.[1]) Der Bürger bedarf keines weiter reichenden Schutzes; er mag ſein Geld verwahren. Der Soldat aber hat ſeine volle Thätigkeit des Kaiſers Dienſt zu widmen; billig ſorgt für ihn des Kaiſers Geſetz. Die Hauptgefahr für den Soldaten tritt aber ein mit der Inſolvenz jenes Käufers: dann nämlich verſagt auch jene ſinguläre Schuldklage in der Vollſtreckung mindeſtens theilweiſe. In dieſen Riß nun tritt offenbar die Eigenthumsklage: der Soldat wird auf ſein Verlangen in jenem Konkurſe als Separatiſt ex jure dominii behandelt.

Nicht hierher gehört aber c. 2 de don. i. v. et u. 5, 16, deren ganze Eigenthümlichkeit vielmehr darin beſteht, daß die „Köchin“ eines Soldaten hinſichtlich der von dieſem empfangenen Schenkungen nicht beſſer daran ſein ſoll als eine legitime Ehefrau, denn es liegt, obwohl ſie nicht einmal ſeine Ehefrau iſt, in dem Fall der Stelle „paritas rationis“ vor; die nähere Würdigung gebührt der Lehre von den Schenkungen.

---

1) Cond. sine causa? Jhering S. 147 ohne Belege. L. 23 r. c. 12, 1 und c. 1 r. al. non alienand. 4, 51 ſetzen voraus, daß meine Sache durch einen Andern verkauft ward. Ich wage nicht, hieraus auf die Gleichſtellung des andern Falles zu ſchließen, wo Jemand mit meinem Gelde Sachen kaufte.

2) Aehnlich Ulpian, in einer rezipirten „opinio“: l. 2 qu. ex f. tut. 26, 9:

Ein verwaltender Vormund [1]) leiht Mündelgelder für sich aus. Das Darlehen ist nichtig, denn das Geld gehörte nicht dem Darleiher. Aber der Vormund novirt das Geschäft in eine auf ihn lautende Stipulation; dieß ist gültig, denn die Causa relevirt im Formalvertrag nicht. Auch ohne Stipulation wird das Darlehen gültig durch die Vermischung des empfangenen Geldes. Ein andrer Fall: Der Vormund kaufte Waaren um solches Geld auf seinen Namen. Grundstücke werden genannt, weil der Vormund so den wenigsten Verdacht erregte, indem das Publikum glauben konnte, er habe sie für den Mündel gekauft, da die Anlegung der Pupillengelder in Grundbesitz Hauptsorge war. Der Schluß lautet:

Utilis (pupillo) actio datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam.

Ein direkter Kläger hat vorher Recht, durch utilis actio zieht man sich zum Rechte, und auch Dieß nur innerhalb des Zweckes der Singularität. Hieraus erkennen wir auch die Schuldklage des Soldatenfalls als eine utilis actio; [2]) wäre sie die directa, so müßte schon vorher rechtlich negotiorum gestio angenommen werden, daraus flösse Gutheißungsbefugniß, diese bewirkte Eigenthum des Gutheißenden über die mittlerweile vom Geschäftsführer nicht weiter veräußerte Waare, und somit wäre utilis rei vind. undenkbar wegen Zuständigkeit der directa. Soweit geht das Recht nur im schlimmsten Falle, nämlich „post decretum praesidis sublatā pecuniā, quae ad comparationem possessionis (Grundstück) fuerat deposita“: c. 3 arbitr. tutelae 5, 51. Die spezielle Bestimmung der Geldsumme, hinzutretend die obervormundschaftliche Vorbestätigung, sollen, daß der Vormund dennoch für sich erwarb, entgegen den Mündelinteressen ganz tilgen; der aus der

---

1) Nicht bloß ein Altersvormund: arg. l. 5 pr. cf. rubr. tit. cit.; nach der Praxis auch Kirchenpfleger: Ihering S. 157.

2) Obwohl das betreffende Gesetz sie nicht also bezeichnet; woraus Ihering S. 146 f. ihre Utilität verwirft. Aber utilis mandati ... actio ist am Ende doch auch „eine mand. ... a.“, obwohl kein Mandat unterliegt. In c. 8 supra cit. reiht sich der zweite Satz mit Vermeidung von Wiederholungen an den ersten ganz kurz an.

Vormundschaft befreite Mündel kann also statt Entschädigungsgesuchs erklären „Du führteſt mein Geſchäft“ und ſomit ratihabiren; denn für Erhebung einer a. neg. gest. kann hierdurch nicht geſorgt ſein ſollen, da es ſich um einen Einzelpoſten des tutelae judicium handelt. Leicht aber mag der Mündel mit Hinblick auf die geſetzlichen zwölf Prozent die Entſchädigung [1]) vorziehen. Hieraus erhellt nun, daß auch dem Mündel — wie dem Soldaten — die Eigenthumsklage den Schutz gegen die Inſolvenz des zu Verklagenden gewährt.

Den gleichen Nutzen bietet der dritte Fall:

3) L. 55 don. i. v. et u. 24, 1: Eine Frau ſchenkt ihrem Ehemanne Geld; dieſer macht dafür gegen Baarzahlung und Baarempfang Einkäufe. Er fällt in Konkurs, die Waaren liegen in der Maſſe vor.

Läßt ſich hieraus, im Vergleich zum Verlauf der Stelle, per argumentum a contrario ſchließen, daß unſre utiles rei vindicationes nicht gegen Dritte zuſtehen? Auch die Publiciana iſt eine utilis r. v.; ſie geht nicht gegen jeden Beſitzer, gleichwohl überwiegt in ihr noch der abſolute Charakter. Wie aber, wenn in unſren Fällen die Waaren nicht mehr zur Maſſe gehören? Freilich fordert der Nutzen des Soldaten u. ſ. w. die abſolute Klage, dagegen erwarb der Dritte Eigenthum und er hat in Nichts gefehlt gegen den Soldaten u. ſ. w. Er hat die Sache nicht mit dem Gelde des Soldaten bezahlt. Wir dürfen alſo die dingliche Klage gegen den Dritterwerber höchſtens dann verſtatten, wenn derſelbe entweder Nichts zahlte, oder in Kenntniß des eigenthümlichen Verhältniſſes ſich befand. Wer weiter gehen will, muß mindeſtens den gezahlten Preis zu Retentionsrecht genügen laſſen: denn dem

---

1) Die Schuldforderung, wie alle Vormundserſtattungspflicht, iſt geſchützt durch Generalpfandrecht. Si pecunia pupilli alteri fundus est comparatus traditusque, pignoris obligationem habet is cuius pecunia fundus est emptus: l. 3 pr. reb. eor. 27, 9. Si tutor tuus de pecunia tua servos emptos manumisit, quoniam res pupillaribus pecuniis emptae jure pignoris obligatae sunt, favore pupillorum liberi facti non sunt: c. 6 serv. pign. d. manum 7, 8. — Alſo die hypothecaria actio dauert fort hinſichtlich der veräußerten Sachen, die für Mündelgeld erworben waren; unſre utilis r. v. dagegen ſetzt voraus, daß die Sache im Vermögen des Vormunds vorliegt.

gutgläubig vom Eigenthümer Kaufenden kann nicht zugemuthet werden, ſich ſtatt Waare und Preis mit einem illuſoriſchen Entwährungsrückgriff zu begnügen.

Fahren wir in obiger Stelle fort: Die Frau will das Geſchenk befugter Maaßen widerrufen. Das Geld, ihr Eigenthum, iſt natürlich längſt vermiſcht. Aber auch keine perſönliche Klage (condictio ex injusta causa) genügt: der Mann kann nicht zahlen. Daher wird ausreichend der Frau nur auf folgendem Wege geholfen: Der beſchenkte Ehegatte ſoll die bei ihm aus der Schenkung vorliegende Bereicherung erſtatten. Er iſt bereichert, denn, unbeſchadet ſeiner Geſammtinſolvenz, extirt die Spezialbereicherung in jenen Waaren. Nur ſoweit die Waaren mehr werth ſind als das Geldgeſchenk, bleibt die Werthdifferenz in der Maſſe: arg. l. 7 §. 3 l. 28 §. 3 don. i. v. et u. 24 1. Aber auch dieſer Umſtand, ſo beſchließt Paulus ſeine Unterſuchung, hindert nicht, „etiam in rem utilem (actionem) mulieri in ipsas res accomodare“. Dieſe Klage ergänzt die unzureichende Schuldklage. Das durch Rückſchluß aus der Klagbefugniß unterzubenkende ſubjektive Recht hat ſomit akzeſſoriſchen Charakter zu einem prinzipalen Forderungsrecht; es iſt ein pfandrechtähnliches Gebilde ohne eigentliches jus distrahendi, aber mit Pfandlöſung durch volle Schuldtilgung. Den Mangel des jus distr. erſetzt die richteramtliche Schätzung, eventuell Theilung und deren Surrogate; oder, falls keine Werthdifferenz ſich ergibt, dann zieht die Klägerin ſich zum Alleineigenthum. Was ſonſt die Stelle bietet, handelt von der konkurrenten „Dotalklage“; doch iſt dieſer Ausdruck ungenau; zur res uxoria gehört das Geſchenk, in die „rei ux. actio“ fällt ſeine Rückforderung, dieſe Klage umfaßte auch die Dos, dieſe zwar in erſter Linie; die „Dotalklage“ iſt aber begründet, trotz Fortdauer der Ehe, falls der Mann in Konkurs fällt. Nur gab es in klaſſiſcher Zeit Retentionsanſprüche gegen dieſe Klage, welche gegenüber der Spezialrückforderung des Geſchenks wegfallen.

Es liegt ſchon im Sinne der Stelle, und wird zum Ueberfluſſe durch Juſtinian's c. un. §. 5 r. ux. a. 5, 13 beſtätigt, daß auch dem Ehemanne als Schenker gleiches Recht zuſteht — ein Fall, welcher die Konkurrenz der Dotalklage ausſchließt und darum in jener Stelle nicht mit ausgeführt iſt. Juſtinian nun beweiſt,

daß die utilis dis in rem actio sei, ganz klar durch die Worte: „quum sit donatori facultas per a. in rem directam vel per utilem, vel per condictionem, suo jure mederi?“

Auch ist es offenbar zufällig, daß die Pandektenstelle von Geldschenkung handelt; Justinian spricht diese Beschränkung nicht aus; gegen ihre Aufstellung spricht klar arg. l. 30 don. i. v. et u. 24, 1 cf. l. 29 §. 1 ib., und für dieselbe mangelt es an jedem innern Grunde.

Nachdem wir die Fälle dargestellt haben, in welchen ich das aus meiner Sache Erlöste von dessen Eigenthümer mittelst der Eigenthumsklage fordern kann — denn hierin besteht allem Anschein nach die Singularität —: wenden wir uns zu der Betrachtung andrer Fälle, in welchen, ebenso singulär, die Eigenthumsklage gegen den nämlichen Beklagten die Wiederherstellung des ehemaligen Eigenthums des Klägers selbst bezweckt:

1) Eine Großmutter beschenkte ihre Enkelin unter der Auflage bestimmter Verpflegung. Die Beschenkte kam der Verpflichtung nicht nach, die Schenkerin wendete sich an die damaligen Kaiser Valerian und Gallien. Diese ertheilen in c. 1 don. quae sub modo 8, 55 den Bescheid:

vindicationem etiam in hoc casu utilem, eo quod legi (privatae) illa obtemperare noluerit, impetrare potes, i. e. actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam condictio quidem tibi in hoc casu, i. e. in personam actio, jure prorsus; verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt. Ann. 258.

Es ist also kein Zweifel, daß die Nichtverpflegung dem unter Verpflegungsauflage Schenkenden unsre utilis rei vind. begründet.

2) Das ältre römische Recht in seiner Einfachheit ließ die Gültigkeit von Brautgeschenken bestehen wenn gleich die Eheschließung sich zerschlug. Dies mißfiel aber Konstantin dem Großen. Dieser Kaiser bestimmte daher in c. 2 Th. sponsal. et don. a. n. 5, 3, der zurücktretende Theil solle die Geschenke verlieren, der andere Theil die seinigen kündigen dürfen; werde aber das Verlöbniß durch den Tod geschieden, dann seien die Geschenke auf beiden Seiten

zu erſtatten, der Anſpruch übrigens nur auf Vater und Mutter und Deſzendenten, ſämmtlich als Erben des Schenkers, vererblich.

Selbſtredend geht die Neuerung nur auf den Fall des nicht-ausgeſprochenen Modus der künftigen Ehe, denn die perſönliche Rückforderungsklage „causā non secutā“ exiſtirt ſchon im ältren Recht.

Bis hieher intereſſirt uns das Geſetz noch nicht, es erwächſt aber zu einem Fall unſrer utilis rei vind. durch eine juſtinianeiſche Interpolation (c. 15 don. a. n. 5, 3) „per condictionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur.“ Hierbei iſt aber noch die Weglaſſung des Todesfalls, ſowie auch der Umſtand zu beachten, daß es ſich gleich bleibt ob der verlobte Theil oder deſſen konſensberechtigter Gewalthaber die Ehe nicht will. Auch iſt möglich, daß bereits vor Juſtinian die Praxis das Geſetz alſo auslegte, daß utilis r. v. brauchbar ſei, indem auch die Worte „per cond.“ im Original fehlen.

3) Das Neuerecht Desjenigen, der auf den Todesfall geſchenkt hatte, kann, außer mit der bekannten condictio ex capite poenitentiae auch mittelſt einer „utilis actio“ geltend gemacht werden: l. 30 m. c. d. 39, 6. Daß dieſe Klage unſre in rem actio ſei, erweiſt ſich a) dadurch, daß die in pers. a. bereits zuſtand, b) dadurch, daß das unmittelbar vorhergehende Geſetz deſſelben Juriſten ſich eingehend nur mit der Frage über die Zuſtändigkeit von in rem actio aus oder trotz ſolcher Schenkungen, hier jedoch für den Fall der vereitelten causa (Geneſung des Schenkers), beſchäftigt. Vgl. auch Ihering a. a. O. S. 124 f. Den verſtärkenden Zutritt der dinglichen zur perſönlichen Klage lehrt der Ausdruck der l. 30 cit.: „ipse ex poenitentia condictionem vel utilem actionem habet.“ Beide Klagen beruhen auf Pönitenz, der Unterſchied beider kann ſomit nur der ſein, daß die utilis actio keine condictio iſt, alſo eine in rem. Es iſt zwar wahr, daß condictio enger, nämlich als die c. causa data ... im Gegenſatz der praescriptis verbis actio, verſtanden werden kann, indeß begreift man dann weder, warum die letztre Klage keine directa wäre, noch auch, wie ſie überhaupt im geſetzten Fall zu erwachſen vermöchte. Denn dieſe Klage ſetzt einen Innominatkontrakt, eine wahre Auflage an den Empfänger, voraus. Die Ausübung des Neuerechts aber liegt im Geſetz, keineswegs in dem Partheienvertrage begründet.

4) Nach Auflösung der Ehe hat die Frau als Eigenthumsklägerin auf Rückgabe der im Vermögen des Mannes vorfindlichen, geschätzten oder ungeschätzten, Dotalgegenstände unbedingte Prärogative, und es kann kein Gläubiger des Mannes, wäre er gleich vor der Dotalbestellung bereits erwachsen gewesen, unter Berufung auf (generelles oder spezielles, privilegirtes oder gewöhnliches) Pfandrecht ihr den Rang streitig machen. Futurus est is, qui „vindicat“, ante privilegia (exigendi): l. 24 §. 2 reb. auct. jud. 42, 5. Eum, qui „vindicat“, in tributum vocari iniquum est: l. 5 §. 18 trib. a. 14, 4. Denn, sagt Justinian in c. 30 j. dot. 5, 12, nicht nur war die Frau früher Eigenthümerin, sondern nach natürlicher Betrachtung („naturaliter“) blieben überdieß die Sachen in ihrem Eigenthum. „Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri (d. h. im Rechtssinne ist der Mann durch Eheeingehung Eigenthümer geworden), ideo rei veritas delata vel confusa est.“

Dieß kann nur bedeuten, daß der Ursprung der Güter seine rechtliche Wirksamkeit behält; wie weit diese reicht, folgt jetzt:

„Volumus itaque, eam in rem actionem quasi (nicht überall, aber in der Regel bedeutet „quasi“ etwas Uneigentliches, qualifizirt also zunächst nach den herrschenden und richtigen Auslegungsregeln unsre Klage als „ficticia“ d. h. „utilis r. v.“ Die natürliche Auffassung stellt sich nach Eheauflösung mittelst Doppelfiktion gegen die absolut wirksame Fiktion des ehemännlichen Dotaleigenthums einiger Maaßen wieder her) in huiusmodi rebus proprias habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere (diese hyp. fällt nicht zusammen mit der utilis r. v.; auch der Eingang des Gesetzes sondert die Vindikationsprärogative und das Vorzugspfandrecht; vorzüglich aber vergleiche man das Folgende), ut, sive ex naturali jure eiusdem mulieris res esse intelligantur, vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse (das Naturrecht, mindestens im Sinne Justinian's: pr §. 1 vgl. §. 11 J. j. nat. 1, 2, ist nicht positiv, wenigstens nicht im Konflikt mit dem Zivilrecht), per utramque viam: sive in rem sive hypothecariam (auch die hyp. ist eine in rem actio, „in rem“ also hier die i. r. a. *κατ' ἐξοχήν*,

d. i. die r. v.) ei plenissime consulatur (also auch die hyp. reicht nicht überall aus). Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per ... annorum curricula ..., mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere", d. h. die Verjährung kann erst beginnen a) regelmäßig, nach Auflösung der Ehe, b) schon vorher, seit offenbarer Insolvenz des Mannes, „da Wir auch für diesen Fall die Ausübung des Pfandrechts der Ehefrau zugelassen haben, wobei dann die Fiktion der Eheauflösung in Zukunft wegfallen soll."

Diese utilis r. v. umfaßt alle Dotalsachen, also auch die aus Dotalgeldern erworbenen,[1]) denn sie sind[2]) dotal: l. 54 j. dot. 23, 3 aus Gaius ad ed. praet. urb. tit. de praediatoribus (hieraus schließt Ihering S. 128 Anm. mit Recht, daß die Stelle vom Konkurs handelt). Andrerseits umfaßt sie nur die (penes virum) extantes. Was hierzu der Gegensatz sei, lehrt c. 6 §. 3 sec. nap. 5, 9. Die innere Aehnlichkeit a) der Dos soluto matrimonio, b) der ehelichen Errungenschaften (des vom Ehegatten Erworbenen) falls der Ueberlebende endlich auch stirbt, kann Niemand bezweifeln; sie verhalten sich zu einander wie das Interesse a) der Frau und b) der Kinder. Falls nun der Ueberlebende nicht neu heirathet, „rebus, quae ex substantia (coniugis praedefuncti) ad se pervenerunt pro suo arbitrio uti, vel eas vendere aut quocumque jure vel

1) Nicht schon die gekauften, deren Eigenthum dem Manne noch nicht übergeben war: c. 12 j. dot. 5, 12. Diese Stelle brauchte wegen c. 30 cit. nicht geändert zu werden, uns ist unverändert rezipirt. Sie sagt zwar, die Frau habe nur die (persönliche) Dotalklage, aber in dem Reskriptfalle war diese Klage — welche postenweise elektiv mit der utilis r. v. konkurrirt — nicht nur bereits erhoben, sondern hatte auch bereits die Herausgabe des Werthes der größern Hälfte der Dos bewirkt; zudem ist rücksichtlich des Postens veräußerter Dotalgelder für welche dem Manne noch kein Eigenthum zufloß, die dingliche Klage eine baare Unmöglichkeit.

2) Die Dos umfaßt res, quae vel in dote (datae: omitt.) sunt, vel ex dote comparatae quasi et hae dotales sint: l. 22 §. 13 sol. matr. 24, 3. „Quasi": in der Dotalklage; in derselben Klage tritt auch die utilis r. v. als einzelner Posten auf. Man vergleiche Quasikontrakte; sie beruhen nicht auf Kontrakt, doch wirkt sie kontraktsgleich. Eigentliche Umwandlung der Dotalsachen durch Vereinbarung (l. 21 p. dot. 23, 4) der Ehegatten setzt zu ihrer Gültigkeit einen Vortheil für die Ehefrau voraus: ll. 26. 27. j. dot. 23, 3.

modo alienare, vel pignoris jure s. hypothecae obligare, utpote dominus earum (wie der Ehemann über die Dos), non prohibebitur. Extantes autem praedictas res, si non fuerint alienatae vel consumptae vel suppositae (verpfändet), licebit liberis vindicare, etiam non adeuntibus hereditatem parentum“ (. Leo und Anthemius).

Es ist der Unterschied zwischen beiden Fällen, daß die Verpfändungen von den Kindern nicht, von der Ehefrau wohl insoweit angefochten werden können, als sie ihr den Vorzug streitig machen würden. Es ist ferner der andere Unterschied, daß der Ueberlebende (immer: falls er nicht neu heirathet) Alles, auch Grundstücke, der Ehemann jedoch Dotalimmobilien nicht, gültig veräußern kann (siehe aber für das neuere Recht Novelle 98. 127 Cap. 3). Diese Unterschiede sind rationell, da die Kinder in nächstverwandtem, nahezu identischem, Interesse mit ihrem Elterntheil stehen — dieses Verhältniß ist unter Ehegatten unrömisch, mit der Gütergemeinschaft. Auch die natürlich unbedingte Abhängigkeit der Kinder von den Eltern, das passive Correlat des aktiven angeborenen Erbrechts, hindert jeden Widerruf elterlicher Verfügungen die unter Lebenden geschahen; die Ehefrau steht persönlich, nicht vermögensrechtlich unter der Selbstherrschaft des Ehemannes.

„Si tamen extant“. Der Ehemann veräußert Dotalmobilien gültig. Tritt nun die Ehefrau als Vindikantin auf, so bewirkt Dieß, daß die veräußerten Immobilien zur Masse zurückgezogen werden. Die nichtveräußerten Mobilien scheidet sie unmittelbar für sich aus.

Die Immobilarverpfändungen bestehen ebensowenig zu Recht, dagegen die Mobilarverpfändungen gelten, und gehen als spezielle zunächst sogar der ehemännlichen Generalhypothek vor.

Aber die Vindikation reicht nicht immer aus. Z. B. die Immobilien erwarb der Fiskus und veräußerte sie weiter, der Ehemann hatte die Retraktsklage gegen den Fiskus auf Werthersatz angestellt und das einbekommene Geld vermischt. Die Mobilien sind theils veräußert theils verpfändet. Oder sämmtliche Dotalsachen sind durch des Mannes geschäftliches Verkommen entwerthet, verfallen, geplündert und zerstört. Hier zeigt sich der Nutzen der ehemännlichen Generalhypothek am Gesammtvermögen des Mannes,

einer Ausſtattung der perſönlichen Dotalklage, unter Vorzug vor allen Pfandgläubigern. Zunächſt weichen der Frau die univerſellen, ſubſidiär aber auch die ſpeziellen Pfandgläubiger. Zweifelhaft bleibt nur das Mobiliarpfandrecht eines Dritten über Dotalſachen. Aber dem Argument aus der Gültigkeit der Veräußerung ſolcher Sachen auf ihre Verpfändung halten wir die kategoriſche Sprache Juſtinians entgegen, welcher, um der Frau „plenissime“ zu helfen, ſie allen Pfandgläubigern vorzieht. Nur ſpezielle Fauſtpfandgläubiger auf ſolche Sachen dürfen und müſſen wir eximiren, um ſo mehr auf Sachen die vom Manne ſelbſt herſtammen. Handelte es ſich de lege ferenda, ſo würden wir die Exemption auch auf die ſpeziellen hyp. Gläubiger erſtrecken: glücklicher Weiſe iſt dieſe Frage ohne praktiſches Intereſſe, da nach anwendbarem deutſchem Recht Mobilien nur fauſtverpfändet werden.

Die Frau hat alſo die Wahl, ob ſie die Dotalſachen oder den Werth in Geld reklamiren will. Bald mag Dieſes, bald Jenes das Vortheilhaftere ſein. Am wenigſten finden wir nach genauer Einſicht des wichtigen Geſetzes einen Grund, dem Gläubigerkorps als Vertheidigung gegen die erſtre, durchaus ſelbſtſtändig auftretende, Klage das Anbieten des Werthes in Geld einzuräumen.

Näheres über dieſe Generalhypothek gehört in Darſtellungen von Pfandrecht und Konkurs.

5) Die utilis r. v. ſteht Demjenigen zu, welcher rechtswidrig oder unfreiwillig ſein Eigenthum durch Spezifikation oder Akzeſſion einbüßte:

a) Spezifikation:

α) Rechtswidrigkeit:

Jemand ſchenkte ſeiner Ehefrau Wolle, ſie erarbeitete ſich daraus Kleider. Labeo entſchied, ſie ſei Eigenthümerin der Kleider. So erzählt Pomponius l. 29 §. 1 don. i. v. et u. 24, 1. „Quod ex non concessa donatione retinetur“, behauptet Gaius libr. 11. ad ed. prov. l. 6 ib., „id aut sine causa aut ex injusta causa retineri intelligitur; ex quibus causis condictio nasci solet“. Gleicher Aufſchrift aber iſt die an Pomponius' Ausſpruch direkt angeſchloſſene l. 30 ib. „utilem tamen viro competere“ (aus Labeo). Da Schuldklage ohnehin zuſtand, ſo kann die utilis

nur in rem ſein, doch muß die Werthdifferenz zwiſchen Kleid und Wolle der Frau zu Gute kommen; das Gleiche gilt in den unten folgenden Fällen.

β) Unfreiwilligkeit:

Zwar lautet die Regel in §. 26 J. r. d. 2, 1 „Extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt“, und iſt einer Seits die Zuſtändigkeit der Kondiktion unzweifelhaft — vergl. z. B. l. 4 §. 2 r. c. 12, 1 „Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt“; l. 30 pr. a. e. v. 19, 1: „Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ... res ... interierit, ... retentionem ... ex peculio me habiturum ... (quia) debitor meus ex causa condictionis (furtivae) sit factus. ... Secundum quae dicendum, si numos ... tu ignorans furtivos esse ... consumseris, condictionem ... mihi adversus te (competere), quasi res mea ad te sine causa pervenerit“ —, nur nicht darf und kann die Schuldklage gegen den (unſchuldigen) Dritterwerber des durch die Spezifikation entſtandenen Neuen gehen; andrerſeits jedoch ſchließen — abgeſehen von der doppelten Verklagbarkeit der Diebe — nur directa r. v. und condictio a priori einander aus, ſo daß die Zuſtändigkeit der einen Klage die Unzuſtändigkeit der andern auf das nämliche Objekt ſattſam lehrt; daß die utilis in rem neben der condictio zuläſſig ſei, ſahen wir an einer Reihe von Fällen. Somit muß Juſtinian's „Extinctae res vindicari non possunt“ auf die directa vind. beſchränkt bleiben. In der That führt der Fall, ubi tabula picturae cessit, ſelbſt eine Anomalie, in der dem ehemaligen Herrn der Tafel bewilligten utilis actio zu einer billigen Ausgleichung der beiderſeitigen Intereſſen. Hierbei iſt jedoch Manches zweifelhaft, wie ſich unten zeigen wird.

Gai. 2 §. 78: ... Si in tabula mea aliquis pinxerit velut imaginem, ... dicitur tabulam picturae cedere ... Secundum hanc regulam, si me possidente petas imaginem tuam esse nec solvas pretium tabulae, poteris ... summoveri; at si tu possideas, consequens est ut utilis mihi actio adversus te dari debeat: quo casu nisi solvam impensam picturae, poteris me ... repellere, utique si bona fide possessor fueris ...“.

Diese utilis in rem a. hat einen wesentlich verschiedenen Charakter von den bisher dargestellten: sie hat ihn 1) wegen der logischen Unverständlichkeit des Eigenthumsuntergangs, 2) wegen des hinzutretenden Gedankens, daß mein, jedenfalls ehemaliges, Eigenthum in dem deinigen andauernd steckt. Der letztre Grund allein genügt nicht, der utilis a. die stärkere Kraft zu geben: das lehrte der Fall unter α; aber er wirft Licht auf das Wesen der Verstärkung der Klage. Diese nämlich geht hier gegen jeden dritten Besitzer des Gemäldes. Man könnte dieß zwar beanstanden wegen l. 9 §. 2 a. r. d. 41, 1: Gai. libr. 2. aur.:

„... Placuit tabulas picturae cedere. Utique tamen conveniens est (mit Bezug auf die vorher erwähnte Inkonsequenz), domino tabularum adversus eum, qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari. ... Adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit rectam vindicationem (Beweis, daß jene Klage ebenfalls eine Vindikation ist) competere dicimus ...".

Aber man dürfte aus dieser Stelle gradeso gut beweisen wollen, daß die directa — was unmöglich ist — wie daß die utilis r. v. nur gegen den Stoffherrn resp. Maler zustehe. Ein arg. a contr. ist stets bedenklich, hier aber, wo die Institutionenstelle zur logischen Auslegung der Pandektenstelle benutzt werden darf und muß, und die Institutionen nur von dem Besitzer reden, ganz verwerflich.

Eine Voraussetzung aber ist zu bemerken: Der unfreiwillige Besitzverlust muß an den Maler geschehen sein. Ausgeschlossen sind dadurch alle Fälle, in welchen der Maler die Leinwand von Dritten erwarb. Nur so können wir „possidebat", statt „possidet", erklären. Jenes ist hier das Imperfektum von „possidēre", nicht von „possidēre". Er ergriff Besitz von der Leinwand lediglich dadurch daß er sie bemalte. [1]) Das „si" zeigt schon, daß nicht jeder Maler tenent ist.

Stärkere Zweifel können angeregt werden aus §. 34 J. r. d. 2, 1, welche Stelle im Wesentlichen den Institutionen des Gaius

---

1) Darum kann er doch gutgläubig besitzen, z. B. in Folge einer Verwechselung.

folgt; nur steht statt „at si tu possideas“ „at, si is, qui pinxit, possideat“. Dennoch halten wir auch hier an unsrer Ansicht fest, da die Impensenklage neben die Impensenein rede gesetzt ist, jene (für den Spezialfall) eine „Konsequenz“ dieser genannt wird, das Beiden gemeinsame Impensenforderungsrecht aber in der generellen Gestalt der Einrede wenigstens immer auch dem Besitznachfolger zusteht. Dahin führt auch die von Theophilus bemerkte Fiktion des Eigenthums des Klägers „quasi dominus esset“, d. h. „als ob die Tafel nicht bemalt wäre“ (Jhering S. 139); soll sie nicht gegen Jeden gelten, dann müßte diese Beschränkung erweislich sein, aber wir sahen, wie die angeblichen Beweise in Luft zerrannen.

Vgl. Abth. II S. 153 f.

b) Akzession:

Der Fall a β gehört z. Th. auch hierher; grade in Hinsicht auf seinen Akzessionscharakter deuteten wir dort die utilis actio als eine passiv absolute Klage. Diese Deutung gewinnt somit an innerer Glaubwürdigkeit durch folgenden reinen Akzessionsfall:

L. 5 §. 3 r. v. 6, 1: Ulp. libr. 16. ad ed.: „De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant ...“. Siehe Abth. II S. 141 ff.

Die Eigenthumsklage steht als „cessa“ actio dem Nichteigenthümer zu. Solche Zession ist nach Umständen erzwingbar.

Z. B. ein Walker oder Flickschneider verlor die Kleider. Nachdem er dem Herrn dafür in Geld Genüge geleistet, „necesse est domino vindicationem eorum et condictionem cedere“: l. 25 §. 8 loc. 19, 2. „Condictionem“: z. B. furtivam; auch sine causa auf den Preis gegen den dritten Verkäufer dieser Kleider deren Vindikation vielleicht nicht möglich ist, denn wer möchte Kleider, deren Zeichen verändert sind, aus Magazinen und Trödlerbuden herausfinden?

Es muß der Eigenthumsbeklagte wegen schuldlosen Besitzverlustes freigesprochen werden, gegen Zession des Eigenthumsklagrechts falls er mittlerweile zu Ende ersessen gehabt hatte. Wegen verschuldeten Besitzverlustes dagegen muß er verurtheilt werden, gegen die umgekehrte Zession falls er nicht ohnehin schon zu Ende

erſeſſen: l. 21 r. v. 6, 1; hiernach iſt l, 25 §. 8 cit. alſo von Schuld des Beklagten zu verſtehen. Es darf dieſe Schuld aber kein dolus, keine fraus ſein: arg. in. l. 63 r. v. 6, 1. Bei culpa sine dolo alſo muß der Richter dem Gegenverlangen des Beklagten, der den Werth der Sache zahlen ſoll, auf Zeſſion Rechnung tragen. Doch die Verſäumung der jetzigen Einreichung dieſes Gegenverlangens ſchadet Nichts: auch ohne Zeſſion kann jener Zahlende ſpäterhin ſich der r. v., natürlich als einer utilis, bedienen, ſogar gegen den Eigenthümer ſelbſt jedenfalls dann wenn dieſer das empfangene Geld nicht reofferirt, und auch die Reofferte iſt „nicht leicht" behufs Eliſion der Klage zu verſtatten.

Ein Mann, um ſeiner Frau Geld zu ſchenken, delegirt ihr ſeinen Geldſchuldner. Die Novation findet ſtatt, aber, bevor die Frau die Summe erhob, wird die Ehe geſchieden. Jetzt iſt die Novation definitiv ungültig. Vielleicht aber weiß der Schuldner nicht um die Scheidung, und zahlt alſo an die Frau aus: ſo überträgt er kein Eigenthum, ſo wenig wie der ex donationis causa an ſeine wirkliche Ehefrau zahlende Ehemann; denn auch dieſer vindizirt, jedenfalls da bei Beider Lebzeiten die Ehe getrennt ward. Dort iſt die Novation nichtig, ferner iſt die Eigenthumsübertragung nichtig da der Schuldner in Stelle des Ehemanns deſſen Schenkungswillen vollzieht, dieſer Schenkungswille aber bereits gebrochen war durch die Eheſcheidung. Mein Stellvertreter zu Eigenthumshingabe überträgt das Eigenthum nicht, ſofern Vollmacht und Auftrag ohne ſein Wiſſen erloſchen waren, und er doch nur wegen des Auftrags hingiebt. — Aber jener Zahlende muß nicht dieſe Eigenthumsklage erheben; es genügt ihm gegen die Schuldklage des Mannes die Bereitſchaft zur Zeſſion der Eigenthumsklage. Hierbei iſt unterzudenken, daß der Schuldner bei ſeiner Unwiſſenheit ohne Schuld war. Keine Vindikation aber iſt auf Geld ſeit Vermiſchung deſſelben mehr denkbar, auch die „cessa" nicht, wohl die oben erwähnte „utilis" auf Herausgabe der Spezialbereicherung aus Geldgeſchenk zwiſchen Ehegatten zum Belauf des Geſchenkwerthes: l. 39 don. i. v. et u. 24, 1, vorzüglich in den Worten: „Sed si pecunia non extat, et mulier locupletior facta est, maritus eam (sc. pecuniam) petet (dingliche Klage). — Alſo:

Jeder zu Eigenthumsübertragung Schuldige hat bei schuldlosem Besitzverlust dem Gläubiger mindestens das Eigenthumsklagrecht abzutreten.

Auf gleicher Linie steht der Verkäufer, obwohl seine Hauptpflicht streng genommen nicht in Eigenthumsübertragung besteht; denn er muß das „tradere“ und „habere licere“ nach Kräften bewirken: l. 14 pr. fart. 47, 2; daher, wenn er, weil er Nichteigenthümer ist, nicht zediren kann, er eben deßhalb verurtheilt werden muß: l. 35 §. 4 c. e. 18, 1. Vgl. l. 21 i. f. h. v. 18, 4 vv. „actiones praestare debebit“.

Der Zedent hört auf die Klage zu haben: arg. §. 3 J. empt. 3, 23 vv. „vindicationem exhibere“; dieß aber nur relativ zum Zessionar.

Freiwillige Zession, besonders also Verkauf des Eigenthumsklagrechts, — als Ersatz der unter Nichtbesitzenden unmöglichen Eigenthumstradition — war im klassischen Recht ganz ungebräuchlich, da Manzipation und In Jure Zession einander ergänzten dahin, daß von allen Sachen auch der Nichtbesitzer das Eigenthum unmittelbar zu übertragen im Stande war. Das Veralten dieser Formen veranlaßte den Kaiser Justinian, die rechtliche Möglichkeit der Zession der Eigenthumsklage durch „actionis redemptio“ — als eine von jeher gegebne — noch besonders auszusprechen: c. 9 her. v. a. vend. 4, 39. Der Zweifelsgrund war der, daß „actio“ in engerm Sinne „Schuldklage“ bedeutet: l. 178 §. 2 v. s. 50, 16 cf. l. 28 o. et a. 44, 7.

Beachtenswerther ist, daß nach c. 9 jeder Käufer (und sonstige Singularnachfolger) das erworbene Klagrecht nicht mehr bloß, wie in der klassischen Entwicklung des mandatum actionis, als procurator cedentis (in rem suam), sondern suo nomine anstellen kann; doch ist letzternfalls die Klage eben darum eine utilis. Dieß schützte gegen Widerruf und sonstige Erlöschungsgründe eines „Mandats“. Die nähere Darstellung jedoch ist keine der Eigenthumslehre besondre, sondern gehört in die Lehre vom Vermögensklagrecht überhaupt. Wir stehn mit Ihering S. 109: der Zessionar des just. Rechts hat ein festes Recht auf gerichtliche Realisirung des dem Zedenten verbleibenden Urrechts oder Klagrechtsgrundes. Die Frage im Rechtsstreit des Zessionars gegen

den Zessus ist, abgesehen von der Frage nach der Zession selbst: „Wie viel Recht hat der Zedent gegenüber dem Zessus? Auf soviel ist der Zessus dem Zessionar zu verurtheilen.“

Dagegen erkläre ich mich auf das Entschiedenste gegen Ihering S. 110: Erlangt der Zedent den Besitz, so falle die Zession zusammen, ebenso falls der Zedent sein Eigenthum auf den Besitzer überträgt. Quellenbelege fehlen. Wir wissen aber, daß 1) eine utilis r. v. im Allgemeinen gegen den besitzenden Eigenthümer zustehen kann, 2) Niemand mehr Recht auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat. Das feste Recht des Zessionars datirt von ehemals; es muß seine Selbständigkeit und Unabhängigkeit gegen Rechtsgeschäfte und Ereignisse, die dem Zessionar fremd sind, behaupten. Die Quellen sagen, der Zedent liefre sein Klagrecht aus (exhibere), und sie sagen ebenso, in einem gesetzlichen Zessionsfalle, der Betroffne habe zu versichern „quod per se non fiat, possessionem non traditum iri“ (l. 47 r. v. 6, 1), hierin liegt aber, wie später zu zeigen ist, daß die Zession den Zedenten positiv verpflichtet, den später erlangten Besitz dem Zessionar auszuliefern. Und warum soll nicht der Eigenthümer seinen Ausfluß aus dem Eigenthum, sein Eigenthumsklagrecht, wie ein dingliches Recht Dritten zu bestellen vermögen? Man stoße sich nicht an der Unvererblichkeit der Personalservituten, da der Zessionar vererbliches Recht hat: alle durch utilis r. v. geschützten jura in re sind vererblich.

Wenn nun die Zession der Eigenthumsklage das Eigenthum beschränkt, so dauert diese Schranke auch gegen spätre Eigenthumserwerber fort. Allerdings bleibt dem Eigenthümer die direkte Klage absolut; sie ist nur gegen den Zessionar unwirksam. Dieß ist aber nicht wunderbarer, als, daß ich, obwohl ich dem Titius das Recht einräumte, meinen Weg zu benutzen, selbst jederzeit, ohne den T. zu hemmen, hinüber gehen darf.

Ein wichtiges Zessionsbeispiel liegt urkundlich in den modernen Connossementen vor. Das Connossement ist wie jedes zedirte Recht zu Afterzessionen brauchbar, und kann der Handel besonders dadurch erleichtert und bequem vervielfältigt werden, daß sowohl der Aussteller als jeder Erwerber durch „an N. N. oder an dessen Ordre“ dasselbe zu Indossamenten tauglich macht, wo-

durch bewirkt wird, daß der jederzeitige Inhaber der Waaren dieſelben dem letzten Indoſſatar gegen Einhändigung des Connoſſements zu liefern das Recht und die Pflicht hat und dadurch (als Spediteur u. ſ. w.) das Mandat des Ausſtellers effektuirt.

Bei Landtransporten kann der Faktura die gleiche Kraft beigelegt werden.

§. 6. Klägers Nichtbeſitz.

Der beſitzende Eigenthümer kann die Eigenthumsklage nicht erheben, denn ihr Zweck iſt Herausgabe des Beſitzes, Jenem aber genügen die interdicta retinendae possessionis (l. 1 §. 6 u. p. 43, 17) und die negatoria actio (l. 8 §. 5 si serv. vind. 8, 5).

Dagegen heißt es in l. 12 §. 1 a. p. 41, 2 von Ulpian: „Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis qui coepit rem vindicare; non enim videtur possessioni renunciasse ...“. Vgl. v. Bayer ſumm. Prozeſſe §. 75.

Der nämliche römiſche Juriſt erklärt aber in l. 1 §. 6 supr. cit.: „Interdictum possessorem tuetur; actio enim nunquam ultro ei datur, quippe sufficit ei quod possideat.“

Man könnte die Vereinigung ſo herſtellen: „Der Vindikant kann zum Interdikt, nicht aber der Interdiktskläger zur Vindikation greifen.“ Aber die Schwierigkeit, daß dort der Beſitzer vindizirt, bleibt.

Wir ziehen daher folgende Ausgleichung vor: Im Interdiktsprozeß ſiegt auch der Nichtbeſitzer, inſofern ſein Gegner vi clam oder precario von ihm beſitzt. A. erhebt gegen N. die Eigenthumsklage, N. gegen A. darauf das Interdikt, dieſes iſt duplex, A. ſchließt ſich des N. Antrag an und behauptet den Interdiktsſchutz für ſich ſelbſt, dagegen, meint N., ſpreche, daß A. durch Erhebung der Eigenthumsklage auf den Beſitz verzichtet, inſofern alſo N. beſitzt Jener keine Einwendung gegen dieſen Beſitz mehr zu erheben habe; der Richter ſchließlich verwirft die Behauptung des N., denn, daß A. nicht beſitzt, bleibt wahr, alſo die Eigenthumsklage richtig und die Möglichkeit des Sieges des A. im Interdiktsprozeß — eben um deſſen exceptio willen — nicht ausgeſchloſſen. Die Folge iſt, daß beide Prozeſſe nun neben einander laufen. Arg. Papinian in l. 18 §. 1 vi 43, 16:

Eum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio nihilominus interdicto recte agere placuit.

Denn, was in diesem Interdikt Grund der actio, das Nämliche ist im i. ret. poss. das rechtliche Fundament der exceptio.

Diese römische Regel ist denn auch vollständig anerkannt in c. 5 X. c. poss. 2, 12, nur schließt der Pabst in zwei Fällen den nachherigen kumulativen Gebrauch des Interdikts aus:

1) in dem natürlichen Falle, daß wirklich einmal die Erhebung der Eigenthumsklage einen Verzicht auf die Geltendmachung des spolium verkörpern will. —

2) Ist der Eigenthumsprozeß spruchreif, so soll erst das Endurtheil gefällt werden, es sei denn daß das Spolium sofort liquidirbar oder dabei der Eigenthumsbeweis dem Kläger verloren gegangen ist, oder sonst der Richter es für billig erachten muß, die Spoliumsfrage noch zu prüfen.

So ist es mir denn unbegreiflich, wie von den Glossatoren Johannes und Azo bis auf uns herab die Möglichkeit einer Kumulation von Petitorium und Possessorium [1]) beanstandet werden konnte. Vgl. v. Bayer summ. Pr. §. 76. Prüfen wir die Zweifelsgründe:

1) C. 3 ii. 8, 1: Incerti juris non est, orta proprietatis et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quaestionem, ut ex hoc ordine facto de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur.

Also heutzutage: A. behauptet in seiner Klagschrift zugleich Eigenthum und Besitz, oder Eigenthum und einen Interdiktsanspruch auf Auslieferung des Besitzes. Stärker kann die Zulässigkeit der Kumulation nicht bewiesen werden. Aber wie kann der Besitzer die Eigenthumsklage erheben? Wir werden unten sehen, daß zu „Nichtbesitz" des Eigenthumsklägers genügt, daß ein

---

1) Quinctilian. i. o. ed. Zumptius (1831) 7, 5 de juridiciali qualitate: Quum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse ... Quotiens tamen poterimus, efficiendum est, ut de re quoque judex bene sentiat: ....: ut in sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quaestio sed tantum possessionis: tamen non solum possedisse nos, sed etiam nostrum possedisse docere oportebit.

Andrer detinire; der Eigenthumskläger kann also als Zivilbesitzer gegen seinen eigenen Detentor durchdringen, und doch hat nicht der Detentor, sondern sein Zivilbesitzer auch das i. ret. poss. Daß es der Eigenthumsklage nicht entgegensteht, wenn man auch ein i. adipiscendae s. recuperandae poss. wählen könnte, daß hier beide Rechtsmittel kumulirbar sind: ist ohnehin klar, da hier in beiden der Kläger von seinem Nichtbesitz ausgeht.

Der Richter soll nun in einem solchen Falle mit Erledigung der Interdiktsklage den Anfang machen — natürlich, denn, hat gleich die Klage die Eigenthumsbehauptung vorangestellt, so geschah Dieß um des stärkeren Rechts willen, nicht vergab sich der Kläger dadurch seine Besitzansprüche; Dieß zeigt die Beifügung des zweiten Gesuchs. Wollte der Richter die Eigenthumsklage erst prüfen, so handelt er entgegen dem zweiten Gesuch: denn, gebührt dem Kläger der Besitz, so bedarf er der Eigenthumsklage nicht mehr, wohl der bisher Beklagte. Indem nun der Richter die Besitzesansprüche zuerst auf's Reine bringen soll: ist er so weit davon entfernt, irgend eine Parthei zu verletzen, daß sogar jene Erledigung die Eigenthumsklage bis zur Feststellung der Partheirollen miterledigt.

2) Nichts Anderes lehrt die c. 13 h. t. 3, 32: Ordinarii juris est, ut, mancipiorum orta quaestione, prius exhibitis mancipiis (die Sklaven sind zur individuellen Rekognition vorzuführen) de possessione judicetur, ac tunc demum proprietatis causa ab eodem judice decidatur. — Schon die glossa ordinaria erkennt, daß es sich hier um das i. ret. poss. zur Regelung der Partheirollen handelt.

3) Ein Gesetz Konstantins (c. 3 Th. jud. 2, 18) verbietet dem Richter, einem Kläger Gehör zu schenken, welcher die Klage (causae continentiam) theilt und „ex beneficii praerogativa“ das in einem Prozeß zu Beendende bei verschiednen Richtern anregen will. Dabei ist als — in c. 10 Just. Cod. ib. 3, 1 weggelassne — Strafe, d. h. „si quis alium super possessione, alium super principali quaestione judicem postulaverit“ ein Fünftheil des Eigenthumswerthes aufgestellt, zu erlegen an die Gemeinde des Gerichtsortes der belegenen Sache. — Vor dem nämlichen Richter bleibt demnach die Kumulation zulässig!

4) L. 76 §. 8 leg. II ſchneidet dem Bedachten die Kumulation ſeiner verſchiedenen Rechtsmittel ab, da das Vermächtniß, einfach gegeben, nicht mehrfach zu fordern ſei; Jener muß alſo wählen, kann z. B. im juſtinianeiſchen Recht nicht halb in rem, halb in personam klagen. — Was dieſes natürliche Ergebniß mit unſrer Frage zu thun haben kann, vermag ich nicht zu faſſen

5) Die Authentike de litigiosis §. omnem zu c. 8 quomodo et quando jud. sent. prof. deb. 7, 43 zwingt den Kläger, zu beharren, um nicht das Klagrecht zu verlieren. — Wer aber petitorium und possessorium kumulirt, beharrt bei dem erſtren Antrage.

6) Wer meinen wollte, es ſei „eadem res“, und deßhalb Kumulation unmöglich, den verweiſen wir auf die Quellen. Nach l. 14 pr. exc. r. jud. 44, 2 gehört zu eadem res „eadem causa petendi“ und „eadem condicio personarum“; verändert ſich Qualität und Quantität, Dieß ſchadet Nichts: es bleibt „idem corpus“. Bewegen ſich nun nicht pet. und possessorium um idem corpus? Eigenthumsbehauptung iſt „res“: §. 2 ib. Ganz klar trifft ein: §. 3 ib.: Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem: quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. — Alſo alia res. Endlich zeigt l. 24 h. t. 6, 1, daß man nach Umſtänden wählen mag zwiſchen Interdikt und Eigenthumsklage; Dieß aber negirt die Statthaftigkeit einer Kumulation abermals nicht.

Kein Beklagter braucht ſich, falls die eine Klage der andern nachfolgt, die Aufhebung oder Suſpenſion der erſtangeſtellten durch den Kläger gefallen zu laſſen, aber er kann Nichts einwenden, wenn Geſetz oder Amt den Richter hierzu veranlaſſen, wie im Falle der l. 37 jud. 5, 1 (l. 5. §. 1 vi publ. 48, 6): Si de vi et possessione (vel dominio: ins.) quaeratur, prius (ante) cognoscendum de vi quam de proprietate (rei: ins.) ... Hadrianus (Pius) reipublicae Thessalorum rescripsit (; sed et decrevit, ut prius de vi quaeratur, quam de jure dominii sive possessionis). — Da Markus Aurelius Antoninus Pius Nachfolger und Adoptivſohn Hadrians iſt, ſo vermuthet Kujaz mit Scharfſinn, er trete dort unter deſſen Namen auf; für unſern Zweck iſt Dieß gleichgültig. — Aehnlich entſcheidet Septimius Severus in c. 1 appellat. 7, 62, der Unterrichter hätte zuerſt die

Rückerſtattungsfrage des Beſitzes entſcheiden müſſen, um ſo das crimen violentiae auszutreiben; gänzlich mißverſtanden ſcheint dieſe Stelle von der Gloſſe zu l. 37 vv. si de vi Dig. jud. 5, 1. Das Vorgehen der Entſcheidung über Gewalt zeigt auch Konſtantins Geſetz in c. 3 Th. vi publ. 9, 10 (c. 7 Just. Cod. ib. 9, 12): Si quis ad se fundum vel quodcunque aliud (i. de vi bei Mobilien?) asserit pertinere (Eigenthumsklage) ac restitutionem sibi competere possessionis (Zweck der Eigenthumsklage) putat, civiliter (die actio ex interdicto iſt honoraria) super possidendo (die Beſtimmung der Partheirollen einſchließlich) agat, aut impleta juris sollemnitate (i. e. inscriptione in crimen) crimen violentiae opponat (actio legis Juliae), non ignarus, eam se sententiam subiturum, si crimen objectum non potuerit comprobare, quam reus (der Schuldige) debet excipere. Quodsi omissa interpellatione vim possidenti intulerit, ante omnia violentiae causam examinari praecipimus, et in ea requiri quis ad quem venerit possidentem, ut ei, quem constiterit expulsum, amissae possessionis jura reparentur, eādemque protinus restitutā (si criminalis quaestio agitetur, ins. Just.) violentus, poenae non immerito destinatus, in totius litis terminum differatur, ut, agitato negotio principali, si contra eum fuerit judicatum, in insulam deportetur, bonis omnibus abrogatis. (Hier ſchließt Juſtinian.) Quodsi pro eo, quem claruerit esse violentum, sententia proferetur, omnium rerum, de quibus ligitatum est, media pars penes eum resideat, cetera fisci viribus vindicentur.

Das Vorgehen eines Interdikts adipiscendae poss. zeigt c. 3 qu. bon. 8, 2, wo die erſte Anſchauung den Verwandten dem Ehegatten des Verſtorbenen rechtlich bevorzugt: „Jubemus (vgl. den Ausdruck: „Mandats"-Prozeß), ut, omnibus frustrationibus amputatis (alſo „ſummariſch"), per i. quorum bon. in petitorem corpora transferantur, secunda actione proprietatis non exclusa." — Einreden aus Notherbenrecht, aus Vitioſität des Teſtaments, aus Mangel der aktiven Teſtamentifaktio, werden von Alexander Severus in c. 2 ed. D. Hadr. toll. 6, 33 gegenüber der missio in poss. bon. des eingeſetzten Erben

ad separatum verwiesen. Aehnlich, falls miss. ex Carboniano edicto nachgesucht ist, untersucht der Richtermagistrat nur, ob vielleicht die Ansuchenden lediglich chikaniren wollen — die Untersuchung ist also sehr summarisch; nicht bei Verdacht, sondern erst nach Beweis der Illegitimität weigert er die bon. poss.: l. 3 §. 4 Carb. 37, 10.

In einem einzigen Falle (Francke probabil. de uno casu 1839. Buechel de uno casu 1847.), so sagt §. 2 J. aa. 4, 6, „qui possidet, nihilominus actoris partes optinet.“ Die Worte können nur auf die (positive) Eigenthumsklage gedeutet werden; den Fall sollen die Pandekten enthalten.

Dynus und Jason verweisen auf die Theilungsklagen. Doch sind deren mehrere; alle setzen Unbestrittenheit des Eigenthums voraus, in allen ist jede Parthei zugleich auch Beklagter. Keiner verlangt was er besitzt, denn Jeder besitzt einen Bruchtheil und will dafür einen körperlichen Theil. Endlich brauchen wir nicht erst in den Pandekten zu suchen, was bereits in §. 20 J. ib. enthalten ist.

Corrasius (vgl. Höpfner Inst. §. 1095, Glück 2 §. 176 a. E.) hat eine ähnliche Ansicht, gegen welche folglich ein Theil jener Gründe spricht. Er bezieht nämlich die Stelle auf das duplex interdictum. Anscheinend in gleichem Sinne verweist Schilling Inst. II §. 104 Anm. i auf l. 12 §. 1 a. p. 41, 2.

Joannes denkt an die Eigenthumseinrede. Aber der Prozeß ist dann der Klage gemäß kein Eigenthumsprozeß; jene Einrede richtet sich gegen vielerlei Klagen; endlich ist der Beklagte nie Kläger, denn „reus excipiendo actor fit“ ist nur gewissermaaßen wahr. Freilich sagt Justinian auch nur „actoris partes optinet“; indessen, sollte Dieß nur für einen gewissen Theil der actoris partes gelten, so wäre das Räthsel noch mehr auf die Spitze gestellt und die Betrachtung gegenüber Dupondiern vollends unverzeihlich.

Petrus von Bella Pertika legt unter, daß der Eigenthumsbeklagte den Beweis übernimmt, er sei Eigenthümer. Z. B. er wolle den zugeschobenen Haupteid nicht leisten noch zurückschieben. In l. 14 prob. 22, 3 ist nicht von Eigenthumsstreit die Rede. Von Gewissensvertretungsbeweis finde ich im ganzen Titel de jurejur. 12, 2

keine Spur; ja, Paulus sagt in l. 38 ib.: Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare nec jusjurandum referre.

Akkursius erinnert an die Eigenthumsklage gegen des Klägers Detentor; doch „besitzt" Letzterer im Sinne der Eigenthumsklage. Tenet, et habet restituendi facultatem: l. 9 r. v. 6, 1; ein Beispiel bietet l. 7 pr. usufr. quemadm. cav. 7, 9: Et si, ususfructus nomine re tradita, satisdatum non fuerit, potest heres rem vindicare; et, si objiciatur exceptio (Novelle 18 Kap. 10), replicandum erit; l. 12 ib. — Gleichwohl hat Fritz in Linde's Z. Schr. N. F. 1 (1845) Nr. 2 diese Ansicht wieder zur Herrschaft gebracht. Vgl. Burchardi §. 161, Schmid 1 §. 15 Anm. 30 a. E.

Kujaz emendirt nach Eguin. Baro's Vorgange. Will man Dieß, dann möchte seinen Versuchen der andre vorzuziehen sein, für „uno" „illo" zu lesen, mit gleichem Sinn wie Kujaz, nämlich: Zurückverweisung auf die negatoria. Vgl. den Brachylogus 4, 23, 1 §. 2. Theophilus aber verhindert uns, zu emendiren. „Sane", adversativ, leitet Neues ein; der Fall soll erst in den Pandekten zu finden sein.

Ganz nahe der Wahrheit war A. Contius, indem er sich auf l. 15 op. n. n. 39, 1 bezieht; mit Recht läßt er die Stelle wieder fallen, da sie nicht einen Eigenthumsstreit enthält, doch versäumt er, ihr Prinzip zu würdigen: „eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet: id enim est, petitoris partes sustinere". Er hätte die Quellenbeweise finden können, daß Dieß auf Eigenthumsstreit ebensowohl angewendet wurde. — Derselbe Rechtsgelehrte verweist auf l. 18. pr. prob. 22, 3, doch täuscht er sich, hier einen Eigenthumsstreit entdeckt zu haben, da der Fall der Stelle vielmehr folgender ist: Operas patronus a liberto petit. Licet in praejudicio possessor patronus esse videtur, ipse partibus actoris fungi debet et probationes suscipere.

Ganz ähnlich bezieht sich Mynsinger darauf, daß, „wer sich selbst besitzt, dennoch zum Beweise seiner Freiheit zugelassen wird." Indeß ist Dieß eine bloße Präjudizial-, keine Eigenthumsklage, und von Selbstbesitz kann streng nicht gesprochen werden. Endlich beweist Jener vielmehr als Beklagter. Besser begründet ist diese Meinung von Bekker in dessen und Muther's Jahrbuch 3 (1858)

S. 130 f.: Der als Sklave Beſeſſene gewinnt durch ſeine Freiheitsbehauptung den Freiheitsbeſitz und trägt doch die Klägerrolle: l. 7 §. 5 lib. c. 40, 12 cf. c. 14 lib. c. 7, 16. Hiergegen kann man nicht ſagen, der zweifelhaft Freie oder Sklave ſei nicht im Stande, ſelbſt Parthei zu ſein. Des alten assertor in libertatem geſchieht keine Erwähnung mehr, und, obwohl vorſichtig „proclamatio“ ſtatt „actio“ fortdauert, erklären die Pandekten überall den Proklamanten als Kläger. Entſcheidend gegen jene Meinung iſt indeſſen der Umſtand, daß jene „Klage“ keine Eigenthumsklage iſt. Sie wäre Dieß, falls wirklich die Freiheit Eigenthum ſeiner ſelbſt bedeutete (v. Vangerow §. 34 Anm. 1), was uns nie eingeleuchtet hat und faſt von Niemanden außer Vangerow behauptet oder zugegeben wird. Daß der Beklagte Eigenthum zeige, wird gar nicht erfordert; es genügt, daß er jenen bisher beſaß. Die Freiheit, der Freie ſelbſt, iſt keine Sache; Juſtinian aber ſagt „in controversiis rerum corporalium“. Von Freiheitsbeſitz aber reden doch Pandektenjuriſten? Schon Dieß iſt nicht ganz ſtreng, aber praktiſch; es giebt eine Freiheitserſitzung, es giebt ein Poſitives aus Negativem, aus dem abſoluten Unbeſeſſenſein. Der älteſte Freiheitsprozeß hatte ganz die Form des Eigenthumsprozeſſes, ebenſo aber auch der Erbrechtsprozeß — Beide haben ſpäter ihre ſelbſtändigen Bahnen verfolgt. Die Lehre de liberali causa ſteht in einem beſondern Pandektentitel, weit entfernt von der de rei vindicatione. Endlich erlangt der zweifelhaft Freie oder Sklave den Freiheitsbeſitz erſt durch Vollzug der Streitbefeſtigung, in deren Beginn er ſchon Kläger iſt; umgekehrt ſagt Juſtinian „qui possidet, actoris partes optinet.“

Donell, nach dem Vorgange des Aemilius Ferretus, emendirt „Sane non uno casu“, und bezwingt durch gleiche Gewaltſamkeit den Theophilus.

Gleich ſchlimm erklärt Hubert Giphanius den ganzen Satz „Sane ...“ für unterſchoben.

Sehr alt iſt die auch dem Goveanus beigefallene Verweiſung auf l. 8 §. 13 inoff. test. 5, 2. Aber die Innoffiziöſitätsquerel iſt keine Eigenthumsklage.

Jo. Doujat ſchrieb eine beſondere Abhandlung über den casus unus (exeurs. 18. zum Theophilus des Reitz). Zunächſt

beanstandet er die Worte der Stelle: „ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse.“ Hotomannus emendirte „alterius“, Doujat versteht „actoris“ gleich „acturi“. Also: Ich glaube, Jemand wolle die Eigenthumsklage gegen mich erheben; ich besitze zwar, aber ich möchte die Unsicherheit los sein; so könnte ich ihn provoziren jetzt zu klagen oder nie (??). Interesse wäre leicht denkbar. Z. B. ich wollte dem Titius Hypothek geben, dieser, nach Prüfung meiner Eigenthumsdokumente, fürchtet, Mävius könne der wahre Eigenthümer sein. Kann ich nicht provoziren, so entgeht mir das Darlehen, es entgeht mir die Möglichkeit mein Eigenthum zu verwerthen; ja, ein gemeiner Schaden erwächst, da auch dem Mävius Niemand auf das Gut borgen wird dessen Grundwerth doch zuverlässig existirt. Dennoch erkennen die Römer kein solches jus provocationis ad agendum an. M. selbst ist interessirt, baldmöglichst zu klagen, die förmliche Gestattung des Provokationsrechts würde ihn verletzen: nicht immer hat man die genügenden Beweismittel seines Rechts so beisammen. Berühmt sich M. freilich öffentlich des Eigenthums, so kann ich ihn nach heutigem Recht provoziren, bei den Römern ging Dieß nur in einem, mit dem unsrigen nicht identischen, d. h. nicht im Falle von Eigenthumsbehauptung an. — Allerdings können Titius und ich vor Augen und Ohren des Mävius zusammenkommen, die Verpfändung zu vereinbaren; widerspricht M. nicht, so erscheint er, auch wenn er Eigenthümer ist, als zustimmend. Indessen, falls er widerspricht, braucht er nach römischem Rechte sicherlich nicht zu klagen.

Doujat verfolgt seinen Gedanken nicht so weit. Er stützt zunächst die Regel, welche die Ausnahme — den casus unus — fast unbegreiflich macht. Denn wie könnte, wer am Ziele ist, d. h. wer besitzt, nach dem Ziele streben; und doch ist Besitzesübertragung das Ziel der Eigenthumsklage? Ferner lautete die Regel: „Niemand kann klagen, die Sache sei nicht Eigenthum des Gegners (actoris).“ Der Ausnahmsfall aber würde durch Sieg des Ersteren doch nicht dessen Eigenthum deklariren; es bliebe immer noch Eigenthum jedes Dritten möglich.

Doujat findet den casus unus aus Ulpian's l. 27 sol. 46, 3: Etiam circa stipulationem et ex testamento actionem, si res tra-

dita fuerit quae debebatur, quamdiu aliquid juri(s) rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est; utputa possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si jus quoddam cautionis supererit.

Aber, da hier offenbar von dem leichteren Falle ausgegangen wird: „Wäre die Sache noch nicht übergeben, so wäre sie selbst zu petiren“: so kann „Petition“ hier, wie selten, nur Schuldklage sein. Stipulation erwirbt Niemandem Eigenthum; ex testamento actio ist — in dieser Nachbarschaft — Klage aus Damnationslegat. Vgl. l. 20 ib. l. 131 §. 1 v. o. 45, 1. l. 5 pr. a. e. v. 19, 1. Allerdings vom Vindikationslegat handelt l. 66 §. 6 leg. II., jedoch ist auch hier „petitio“ die Schuldklage auf Ablösung des Nießbrauchs. Ebenso bedeutet in der Rechtsregel „Nisi, quod interest, praestetur, proprie dicitur res non reddita quae deterior redditur“ (z. B. aus Kommodat: l. 3 §. 1 commod. 13, 6, und Depositi: l. 1 §. 16 dep. 16, 3, vgl. l. 34. ib. „si sine mora quidem et incorruptum, non aliter tamen quam numis acceptis reddiderit“) die Restklage keine Vindikation, vielmehr die direkte Kontraktsklage.

Puchta Inst. II. §. 232 Anm. e denkt an die — jedoch bei Justinian verworfene — ältere Meinung römischer Juristen vom gleichzeitigen ungetheilten Besitz Mehrerer über ein- und dieselbe Sache. Ist ja der Ausspruch des Paulus aufgenommen in l. 3 §. 5 a. p. 41, 2:

Plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. —

Hieran reiht sich des Sabinianer's Pomponius' l. 15 §. 4 prec. 43, 26: Hic enim possederat corpore, ille autem non discessit animo possessionem. Dieß durfte Justinian so gut wie das Zusammenbestehen von possessio und detentio aufnehmen.

— Idem Trebatius probabat existimans, posse alium juste, alium injuste possidere ...; quem Labeo reprehendit: —

also die Prokulejaner, z. B. Celsus in l. 5 §. 15 commod. 13, 6 „Duorum in solidum possessionem esse non posse.“

— quoniam **in summa possessionis** non multum interest, juste quis an injuste possideat: quod est verius; non magis

enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel, in quo ego sedeo, tu sedere videaris. —

In summa poss.: also auch für die Partheilegitimation zum Eigenthumsprozeß. Besitz, Nichtbesitz, fungiren hier im natürlichen Sinne, in welchem gewiß nicht Mehrere solidarisch das Nämliche gleichzeitig besitzen können. Die Sabinianer faßten den Besitz anders auf; ob auch für unsre Frage? Jedenfalls Pegasus, obwohl Prokulejaner, eam solam poss. putavit rei vindicationem complecti, quae locum habet in interdicto uti poss. vel utrubi; also sei die Klage gegen Detentoren oder prätorische Missi unzuständig: l. 9 r. v 6, 1. Aber die schnurstracks entgegengesetzte Ansicht des Prokulus (l. 7 pr. usufr. quemadm. cav. 7, 9) ist, ohne weitre Erwähnung einer Streitfrage, anerkannt von Ulpian in l. 12 ib. Auch folgt §. 2 J. eit. hier keineswegs dem Sabinianer Gaius.

„In summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat" findet seine Ausnahme (arg. „in summa") in der exceptio vitiosae possessionis: Ulp. l. 3 pr. u. p. 43, 17. Mir ist unbegreiflich, wie Puchta Inst. §. 229 Anm. i glauben kann, nach l. 3 pr. eit. sei es das Wahrscheinliche, daß Ulpian zur Meinung des Trebatius hinneige. Führt doch grade Ulpian den Celsus in l. 5 §. 15 commod. 13, 6 an, ohne eine Spur von Widerlegung! Und in l. 13 §. 7 a. p. 41, 2 hält er dafür, eum, qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione ex persona eius, cui concessit, uti non posse, bis er receperit possessionem rupto precario. Zweideutig, mit Puchta, können wir somit Ulpian's Verhältniß zu dieser ältren Streitfrage nicht nennen. Grade Ulpian zieht die Anwendung auf die Eigenthumsklage: l. 9 i. f. r. v. 6, 1: ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse. Also besitze ich nicht, falls ein Andrer vitiös von mir besitzt. — Auch in den Pandekten äußert Puchta (§. 168 Anm. i), die Institutionen meinten l. 3 pr. u. p. 43, 17 (supra cit.).

Trotz des Erlöschens der Superfizies bleibt der superfiziarische Besitz thatsächlich. Also ist es nicht eine Ausnahme (casus unus), daß der Grundherr gegen den Exsuperfiziar die Eigenthumsklage

erhoben kann. Hintermann in Linde's Z. Schr. N. F. 11 (1854) Nr. 8 verweist darauf, daß die geschehene Litiskontestation mit dem fictus possessor, obwohl hernach der Kläger Besitzer wird, dennoch zu siegreichem Ende des Prozesses durchzuführen ist. „Optinet" = „er behält (die Klägerrolle) bei". Aber es eruirt auf diese Weise keine „actio, per quam noget quis rem actoris esse." Noch schlimmer ist, daß es heißen müßte „qui possedit actoris partes retinet". So hat denn auch H.'s Meinung, so viel uns bekannt, keinen Anhang gefunden.

Wir sagen mit v. Bangerow (§. 332 a. E.): das Räthsel ist ungelöst. Daß aber die Frage „nicht die mindeste praktische Wichtigkeit habe": das kann erst ihre Lösung mit Ja oder Nein entscheiden.

Bei dem Schweigen des Gaius dürfen wir die Lösung eher im spätern Recht suchen. Ich finde sie mit Samuel von Cocceji (j. c. controv. tit. si serv. vind. 8, 5 quaest. 8) in der l. 80 h. t. 6, 1, wohlbemerkt im Schlußgesetz unsres Titels, von Fuxius Anthianus, einem jüngern Zeitgenossen Papinians. Die Lex enthält das Singulärste des ganzen Titels, postpapinianisches Recht, Anthian ist hier sonst nirgends benutzt, die Kompilatoren nahmen ihn folglich grade in jener l. 80 mit entschiedenster Absichtlichkeit auf, indem er etwas recht Praktisches aussprach, was so klar bei keinem Aeltren vorlag. Anthian sagt:

In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere; ita ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non approbaverit.

In mehrern merkwürdigen Punkten gehört die Stelle nicht hierher: Sie beweist, daß der Eigenthumskläger in der That sein Eigenthum zu beweisen hat; u. s. w.

Sie beweist aber ferner, daß, falls der Eigenthumsbeklagte den Besitz abläugnet, desselben jedoch überwiesen wird, der alte Prozeß fortdauert und nur die klägerische Eigenthumsbeweislast daraus gestrichen wird: Bellat S. 422 vgl. 420.

Das Besitzabläugnen hindert die Vornahme der Streitbefestigung. Ueberführt der Kläger den Beklagten darin der Lüge, so ist Jener des Eigenthumsbeweises überhoben, da der Richter den Besitz

auf ihn überträgt. Der Kläger ist am Ziele der Exekution eines Eigenthumsfieges; auch der Beklagte kann sich beruhigen: Ulp. l. 156 pr. r. i. 50, 17: Invitus nemo rem cogitur defendere. Aber er kann auch den Gegenbeweis übernehmen: uno sane casu actio est prodita, per quam neget rem actoris esse; in hoc casu is agit, qui possidet. Jenes Erbieten zum Gegenbeweise führt zunächst die Streitbefestigung herbei, ohne Wechsel der Partheirollen, dennoch eine actio, weil sonst Alles zu Ende wäre.

Läugnet der Beklagte das Eigenthum des Klägers, der darauf dasselbe beweist, so muß Jener sofort den Besitz erstatten unter Reservation der Exzeptionsrechte: Novelle 18 Kap. 10. Auch hier bleibt das alte Partheienverhältniß, aber, da das Läugnen bereits Streitbefestigung war, so ist umgekehrt zu sagen „possidet, qui agit."

Judex in l. 80 supra cit. ist der Staatsrichter, denn wir standen erst in jure. Zwar ist nicht überall für praetor oder praeses der judex (ordinarius, publicus) interpolirt, vgl. l. 5 §. 1 ut leg. 36, 3 vv. „per praetorem aut praesidem" — aber, falls über Läugnen oder Ueberführtsein Streit entstand, und leicht konnten Irrthümer obwalten, dann war gewiß Beweis vor einer Jury nöthig.

Der casus unus entspränge also aus amtlicher Besitzesübertragung vor Streitbefestigung im Eigenthumsstreite, falls der Beklagte, um dem Prozeß auszuweichen, den Besitz fälschlich läugnete. Der Beklagte verliert aber nur den Besitz, dagegen verliert er sein Recht weder zivilistisch noch prozessualisch: er bleibt Beklagter. Ohne die Translation: sind Beide Nichteigenthümer, so siegt der Beklagte. In Folge der Translation: beweist der Beklagte das Nichteigenthum des Klägers, so löst er den Besitz wieder ein (darum actio des Beklagten, weil auf Herausgabe des Besitzes gerichtet). Darum eben ist er hier nicht Eigenthumskläger, weil er nicht sein Eigenthum behauptet und beweist; darum eben bleibt der Andre Eigenthumskläger, weil andauernd um seine Eigenthumsintention gestritten wird.

Amtliche Besitzesübertragung war auch Folge von Nichtkaution. Vgl. Papin. l. 5 §. 1 ut leg. s. fideic. serv. c. cav. 36, 3: eum, a quo res fideicommissae petebantur, quum appellasset, cavere, vel, si (non caveat, et) caveat adversarius, transferri possessio-

nem debere. — Bei Justinian kann Dieß Eigenthumsklage sein, aber die Streitbefestigung ist längst vorüber. — Recte placuit, cautionem interponi; quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit, amitti post victoriam dilata petitione non oportuit. — Bei z. B. wegen Bedingung Zeitbestimmung Streitigkeit rechtmäßig verzögerten Vermächtnißansprüchen kann der Bedachte regelmäßig einstweilen Realkaution verlangen: v. Keller Civ. Pr. §. 78 (bei dem ich unsre Stelle vermisse). Prätorische Folge des Nichtkavirens war Einweisung in die dem Belasteten zufallenden Erbschaftssachen; die Einweisung, wie alle prätorischen missiones in poss., wirkte nicht Zivilbesitz, lediglich „in possessione esse" neben dem Zivilbesitzer, gestärkt durch das besondre Interdikt ne vis fiat ei qui in possessionem missus est, sowie durch prätorisches Pfandrecht. Gewöhnlich brauchte der Eingewiesene selbst nicht zu kaviren. In dem besondern Falle der l. 5 §. 1 supra cit. jedoch soll der kavirende Kläger den Zivilbesitz erhalten Wie also, wenn Beide nicht kaviren? Die Lösung liegt in einer ältren Analogie:

. . sicuti, quum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cavere non potest, quia denegamus ei actiones, defertur condicio cavendi fratribus ex forma jurisdictionis: quod ex portione fratris fuerint consecuti, quum bona propria conferre coeperit se restituturos. Sed si nec ipsi cavere possint, vir bonus ab utraque parte eligendus, apud quem, ut sequestrem, fructus deponantur, quique utiles actiones exerceat; (in unsrem Falle) ... vel res deponenda vel jurisdictio restituenda erit. —. Vel ... vel können wir hier nur als et ... et begreifen. Die Appellation, obwohl er deren nächste Bedingung — zu kaviren — unerfüllt ließ, wird ihm — da der Gegner auch nicht kavirt — verstattet falls er nur deponirt. Gemeint ist nicht die Verstattung der Appellation im Ganzen, sondern ihr Suspensiveffekt, da die bewirkte Translation des Besitzes antizipirte Vollstreckung sein würde.

Jedenfalls also käme nach bewirkter Translation die Erfüllung der gesetzlichen Vorschrift zu spät; so auch im casus unus das Zugeständniß, daß man besaß; ohnehin bewies Dieß die Möglichkeit der Translation. Vgl. l. 14 Carb. 37, 10: Impuberi, qui bonorum possessionem ex hoc edicto accepit, si, antequam

possessio ad eum translata fuerit, pubes factus sit, in eo, quod a possessore petet, probatio incumbit.

Für den casus unus müſſen wir weiter gehen: Iſt der beſitzläugnende Beklagte der Lüge überwieſen, ſchon dann kann er den Kläger nicht mehr aus freien Stücken über die Paſſivlegitimation aufklären, alſo trifft ihn die Strafe. Denn die Ueberweiſung begründete dem Kläger einen abgeſondert klagbaren („per judicem") Anſpruch auf den Beſitz. Für die klaſſiſche Zeit alſo interdictum und („per judicem") folgeweiſe actio ex interdicto. Da es Nichts verſchlägt, ob der Kläger früher ſchon einmal beſaß, ſo muß das Interdikt zu den duplicia tam recuperandae quam adipiscendae possessionis (l. 2 §. 3 i. f. ii. 43, 1) zählen. Vielleicht erſchöpfende Beiſpiele ſolcher Interdikte giebt das bekannte Bruchſtück der ulpianiſchen Inſtitutionen (v. Savigny und Rudorff in des Erſtren Z. Schr. 9 [1836], 1. 2. Pellat in der révue de législ. 4 [1836] S. 413 ff.): i. quem fundum, i. quam hereditatem. Wirklich fällt des erſtre mit dem casus unus zuſammen. „Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam nec is defendat (oder: nec lis defendatur) cogitur ad me transferre possessionem". Das Beſitzläugnen iſt ein diſſimulirtes Nichtvertheidigen: l. 78 pr. proc. 3, 3: Et ideo non potest videri viri boni arbitratu litem defendere is, qui actorem frustrando efficiat, ne ad exitum controversia deducatur. Indem wir alſo auf das Interdiktverfahren zurückkommen, folgt daraus, daß (arg. Gai. 4 §. 164) ſchon wenn der Beklagte nicht bevor er aus dem Termine ging die auf ſeinen Beſitz gerichtete interrogatio in jure bejahte, im Ueberführungsfall die Strafe eintrat, mittlerweile alſo die Lüge nicht zu bereuen war. Der Zuſammenhang des aus Gai. 4 §. 164 geſchöpften Arguments mit unſerm casus unus ergiebt ſich nämlich aus Gai. 4 §. 141: „Der prätoriſche Ausſpruch" — interdictum; im casus u.: Falls der Beklagte trotz ſeines Läugnens beſitzt, ſoll er den Beſitz auf den Kläger übertragen; vielleicht kam auch nur die generelle Faſſung des i. quem f. vor — „beſchließt nicht das Geſchäft, ſondern eine Jury hat zu entſcheiden darüber ob dieſer Ausſpruch den Beklagten treffe; mit Strafe (oder Gefahr: Gai. 4 §. 162): bei Sponſion; ohne Strafe: bei arbitraria formula; auf Seite der Sponſion ſtehen die verbietenden, auf beiden Seiten die übrigen

Interdikte". Denn, forderte der Kläger die Sponsion, so mußte der Beklagte, falls er den Arbiter vorzog, Dieß vor seinem Weggang vom Prätor aussprechen: Gai. 4 §. 165.

Auf das Klarste zeigt der casus unus sich, durch einfachen Rückschluß vom Theil auf's Ganze, in l. 20 §. 1 i. in j. fac. 11, 1: Possessor fundi cogi debet respondere et quota ex parte fundum possideat, ut, si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur. — Diese Schlußworte sind, angesichts der andern, von Translation redenden Stellen durchaus nicht von bloß prätorischem In possessione esse zu verstehen; es handelt sich nicht um eine custodia, nicht um einen Mitbesitz, sondern um eine Umkehrung der Beweislast und daher ausschließlichen Besitz des Klägers, mit dessen Entziehung eine Strafe am Beklagten vollzogen wird.

Muß nun der Eigenthumskläger gegen Empfang des Besitzes im casus unus Kaution stellen? Man könnte Dieß besahen wollen arg. l. 6 §. 6 Carb. ed. 37, 10, doch liegt der Fall dieser Stelle umgekehrt: die Besitzesübertragung ist hier Folge der Nichtleistung einer in sich begründeten Kautionsforderung. So verhält es sich auch mit Paul. R. S. 1, 11 §. 1; der Spezialvindikationsbeklagte hat im just. Recht an sich keine Kaution zu stellen. Knüpft man aber eine Kaution an die Besitzübertragung im casus unus, dann macht man die dem Beklagten gerechte Strafe unbilliger Weise abhängig von dem nicht in der Person des Beklagten liegenden zufälligen Umstande, ob der Kläger kavtren kann.

In l. 20 supr. cit. 11, 1 zeigt sich in §. 2 eine Einweisung in Besitz als Folge des Nichtkavirens, jedoch ohne eigne Kautionspflicht des Eingewiesenen, denn 1) die Einweisung begründet nur Mitbesitz, 2) der Fall ist wiederum Straffall.

Der casus unus findet seine Bestätigung in der Analogie der Noxalklagen: l. 22 §. 4 nox. a. 9, 4. Wird hier nämlich der Beklagte überwiesen, das schuldige Haupt in seiner Gewalt zu haben, oder doch dolo eius factum esse daß er es nicht habe (bemerkenswerth auch für den casus unus): so muß er unter Verlust des jus noxae dandi den Schaden ersetzen. Er verliert also den Vortheil des Besitzes, unter die Nachtheile bleibt er verhaftet. — Mißlingt die Ueberweisung, so verliert der Kläger

sein Klagrecht nicht; Dieß wird praktisch bedeutend, falls der jetzt Beklagte später Besitzer wird.

Bejaht der Beklagte, daß er besitze, dann haftet er auch ohne Besitz. Doch muß er freigesprochen werden, wenn er beweist, ohne Dolus den Besitz verloren zu haben. Auch diese Freisprechung zerstört das Klagrecht nicht: l. 17 exc. r. j. 44, 2, da sie nur wegen Mangels der Legitimation erfolgte; also nova possessio, nova res: arg. l. 18 ib. In l. 9. pr. ib.

Si a te hereditatem petam quum nihil possideres, deinde, ubi coeperis ... possidere, ... (denuo) petam: sive fuit (auf die erstre Klage) judicatum, her. meam esse, sive (damals, ohne Judikat) adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocet exceptio, —

schlägt Pellat S. 421 Anm. vor, zu lesen „si fuit ... esse, sed adversarius". Der Sinn ist richtig, aber die Aenderung unnöthig. „Si petam quum nihil possideres" kann Nichtbesitz zur Litiskontestations-, aber auch zur Zeit der Pronunziation, durch welche ja die Litiskontestation ihre Erfüllung findet, bedeuten. Dort entgeht der Beklagte der Pflicht, sich einzulassen, hier ist er nicht ungehorsam wenn er auf das Arbitrium Nichts herausgiebt nur muß er zeigen daß die Sachen ohne seinen Dolus weggekommen sind.

Unsres Erachtens ist das interdictum quem fundum mitumfaßt in l. 24 h. t. 6, 1; ein annähernder Beweis hierfür liegt auch in l. 36 pr. ib. gleicher Aufschrift.

Wer den Besitz abläugnet, vertheidigt die Sache nicht. Ebenso, wer in gewissen Fällen Realkaution nicht stellt. Daher auch hier Besitzesübertragung durch den Richter vermittelt wird. So gegen Denjenigen, der im Besitzesstreit unterlag: Diokletian c. un. C. p. 8, 6, vgl. v. Savigny Bes. S. 489 Anm. 1, Puchta Vorl. §. 133. Siehe auch l. 60 §. 1 usufr. 7, 1: „Der Nutznießer hat seine dingliche Klage auch gegen den besitzenden Nichteigenthümer. Ist also das Eigenthum streitig zwischen A und B, so kann Dieß den Genuß Jenem nicht stören, und muß ihm reell kavirt werden, quod (heres) non sit prohibiturus frui eum, cui usufr. (mortis causa) relictus est, quamdiu de jure suo probet. Bestreitet dagegen, wer kaviren soll, das Nießbrauchsrecht: dann kann der Nießbrauch mittlerweile nur, falls der Nutznießer kavirt

(„caventi“, nicht „caveri“) de restituendo eo quod ex his fructibus percepturus est, ausgeübt werden. Und auch diese Kaution braucht in diesem Falle nur unter der Bedingung der obigen gegentheiligen Kaution zu erfolgen, denn bei Ausbleiben der letztern wird der Nießbrauch mittlerweile stets ausgeübt.“ Ein anderes Beispiel bietet l. 3 §. 5 Carb. 37, 10.

Das i. quem fundum ward auf Quasibesitz angewendet: Vat. fr. §. 92: Ulpian, Paulus, oder Venulejus libr. 4 ii. sub tit. „A quo usufr. petetur, si rem nolit defendere“: Sicut corpora ita et jus vindicanti satisdari oportet, et ideo necessario ad exemplum interdicti „quem fundum“ proponi etiam interdictum „quem usumfr. vindicare velit“ de restituendo usufructu. §. 93: ... Restitutus ex hoc interdicto ususfructus intelligitur, quum petitor, in fundum admissus, sine periculo interdicti unde vi ad eam rem propositi depelli non potest. Idem Pedius ait, diversam causam esse possessionis... .

Wir werden nun die Schlußworte der l. 15 op. n. n. 39, 1 vollkommen verstehen: Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jus suum probare necesse haberet; id enim est: petitoris partes sustinere. Vgl. v. Bangerow §. 353 Anm. 2 Nr. 3 a.

§. 7. Besitz des Beklagten.

Die Eigenthumsklage richtet sich gegen den Besitzer der verfolgten Sache: §. 1 J. aa. 4, 6.

Ueber eine staatsrechtliche, also veraltete, Beschränkung zu Gunsten der legati principis siehe l. 24 §. 2 jud. 5, 1: numquid danda sit (actio), quoniam ex praesenti possessione est? Dieser Bejahungsgrund erklärt sich arg. pr. ib.: Non alias in eos Romae competit (ex contractu in personam) actio quam si hoc tempore contraxerint. Für das Prinzipium hatte man Autoritäten: den Rechtsgelehrten Julian, ein Reskript des Kaisers Antoninus Pius: l. 2 §. 4 ib. In l. 24 supra cit. im Verlauf werden die verschiedenen Ansichten über den Vindikationsfall aufgezählt und schließlich die Zulässigkeit der Klage verworfen. Doch wird — arg. ll. 26. 27. ib. — der Legat Realkaution stellen müssen, nur der Besitz des vindizirten Sklaven darf ihm, weil Dieser dem Dienste,

nicht entzogen werden. Die energiſche Verweigerung der Klage durch Julian — im Verhältniß zu der Mittelmeinung — begreift ſich daraus, daß der kaiſerliche Bevollmächtigte unmöglich vor dem bürgerlichen Richter zu detaillirter Angabe und Beſcheinigung gezwungen werden kann, ob und wozu er ſeine Sklaven für des Kaiſers Dienſt alle brauchen werde; er kann das ſelbſt nicht voraus beſtimmen, noch darf er Dienſtgeheimniſſe preisgeben.

Ob der Beklagte beſitze, Dieß zu ermitteln iſt behufs Vornahme der Kriegsbefeſtigung Sache des Klägers, von jenem Zeitpunkte an bis zur vollendeten Vollſtreckung des Endurtheils Aufgabe des Richters: l. 9. r. v. 6, 1. Daß der Beklagte beſitzt, genügt, gleichviel wie er beſitzen mag. Alſo verſchlägt der Grund des Beſitzes Nichts. Wie ſteht es aber um die Art?

Pegaſus (ein Prokulejaner) u. A. forderten Eigenthumsbeſitz (Zachariä suppl. Bas. 15, 1 schol. 28), d. h. der ſich kennzeichnet durch den Schutz der interdicta retinendae poss.; es genüge nicht Innehaben als Detentor oder auch mit dem prätoriſchen Schutze des i. ne vis fiat ei rell. Dieſe Anſicht aber iſt von Ulpian (l. 9 cit.) und Juſtinian verworfen. Wer nur innehat, kann die Herausgabe weigern, ihm kann die Herausgabe befohlen werden, und er iſt im Stande, dieſem Richterſpruch nachzukommen. Vgl. deſſelben Ulpian Worte in l. 7 §. 1 exh. 10, 4: „quamvis tunc civiliter non possideas“.

Auch Celſus war Prokulejaner, doch kann er mit der Meinung ſeiner Lehrer bei einem intereſſanten Falle bereits ſich nicht helfen. Wieder iſt es Ulpian, der dieſen Fall aufgreift, um die Unhaltbarkeit jener Lehre zu zeigen:

l. 5 pr. ib.: Ein Spediteur lagert die Waaren im Gewölbe eines Andern, und ſtirbt bevor das Schiff zur Ausfuhr befrachtet iſt. Der Herr der Waaren verklagt die Erben, da der Auftrag erloſchen iſt, ad exhibendum. Wie aber, wenn keine Erben eintreten? So richtet die Klage ſich gegen den Herrn oder Halter des Gewölbes; denn, werden die Waaren von Niemand ſonſt beſeſſen, ſo beſitzt ſie Jener, und, falls es ihm hierzu am Willen fehlen ſollte, ſo genügt, daß er mindeſtens im Stande iſt, ſie auszuliefern (vorzuweiſen, den Zugang zu ihnen zu geſtatten). Celſus zwar ſtaunt, und frägt: Beſitzt dann ein Spediteur ſelbſt? Iſt

dieſer nicht vielmehr einem Pachter vergleichbar (conductio in Beidem)? Und iſt ein Pachter nicht bloßer Detentor? Man beſitze doch nicht Alles was man in der Hand hält, ſo rein natürlich ſei der Beſitz juriſtiſch nicht. Aber Ulpian läßt ſich nicht anfechten, ja, beharrt darauf, daß gerade jenes Beiſpiel genügend zeige, daß die Macht zum Exhibiren allein und ausreichend zur Exhibitionsklage paſſiv legitimire.

Uebrigens iſt die römiſche ad exhib. a. in ihrer Bedeutung, durch mechaniſche Löſung des Meinen von dem Deinen mir die Eigenthumsklage vorbereitend zu ermöglichen, im modernen Recht überflüſſig geworden, da ſie wurzelte im römiſchen Gebrauche, die zu vindizirende Sache müſſe dem Gericht in individueller Selbſtändigkeit vorliegen, dieſer Gebrauch aber unſrem bürgerlichen Verfahren fremd iſt: Burchardi Lehrbuch §. 152 Anm. 9.

Konſtantin der Große geſtattet in c. 2 ubi in r. a. exerceri deb. 3, 19 (Briegleb ſumm. Prozeſſe [1859] S. 278 ff.) dem verklagten Inhaber, ſtatt aller Einlaſſung ſofort den Beſitzer zu nennen, für welchen er innehat. Dieſen nun fordert der Richter friſtmäßig auf, die Beklagtenrolle zu übernehmen. Gegen den Ungehorſamen werden die Vorladungen in der gewöhnlichen Zahl und Zeit wiederholt, am Ende aber durch ſummariſche Verhandlung und Verfügung der Beſitz auf den Kläger übertragen, unter Vorbehalt des Eigenthumsbeweiſes für den Abweſenden.

Alſo iſt die Strafe der Beſitzesübertragung gegen den Nichtvertheidigenden (casus unus in §. 6) entſchieden rezipirt. Die c. 2 auf Grundſtücke zu beſchränken — Schilling-Inſt. II §. 175 —, ermangelt jedes inneren Grundes.

Nur gegen den Beſitzer iſt urſprünglich die Eigenthumsklage möglich. Doch fand ihre Zuſtändigkeit eine Erweiterung aus der Billigkeit. Hörte nämlich der jetzt Beklagte, betrüglich gegen den jetzigen Kläger, auf, zu beſitzen: ſo ſoll der Prozeß durchführbar ſein.

Die früher lebhaft durchgefochtne Frage, vgl. z. B. v. Cocceji j. civ. controv. 6, 1 qu. 5, ob grobes Verſehen hier dem Betruge gleichſtehe, wird jetzt wol allgemein verneint. Und mit Recht, da 1) die Quellen hier nicht wie ſonſt, z. B. c. 2 in lit. inr. 5, 53, die Gleichſtellung ausſprechen; da außerdem 2) die Gleichſtellung allerdings inſofern Regel iſt, als eine Haftbarkeit für

Dolus auch Haftbarkeit für grobes Verſehen einſchließt — dieſe Regel jedoch nicht gebraucht werden kann da wo die Geſetze an einen begangenen Betrug lediglich eine immerhin ſinguläre Folge knüpfen. Denn 3) Niemand kann ſagen, grobes Verſehen iſt Betrug. Zwar die missio in poss. legatorum servandorum causa umfaßt objektiv auch Alles „quod dolo malo in causa hereditaria esse desierit“, jedoch nicht „unter allen Umſtänden“, ſondern „causâ cognitâ“: l. 5 §. 5 ut in poss. leg. 36, 4, und hiervon heißt es in §. 15 ib. „Dolum accipere debemus et culpam latam“, jedoch die Schlüſſigkeit verſchwindet durch den Zuſatz „sed non omnem dolum, sed qui in necem legatariorum factus est.“ L. 68 h. t. 6, 1 redet gar nicht von lata culpa ſondern von jeder Kulpa, im Gegenſatz zu Dolus, und zieht jene Kulpa in Beſitzverluſt nach Streitbefeſtigung in Betracht — ein nicht hierher gehöriger Fall. Der Fall der c. 2 in lit. jur. 5, 53 (verſtehe: „dolo“ i. e. „circumveniendi pupilli gratiâ“) iſt dem unſrigen ganz unähnlich. Uebrigens entſpringt grade auch Recht auf Ableiſtung des Würderungseides in andern, verwandteren, Anwendungen nur aus Dolus mit Ausſchluß groben Verſehens: L. 68 h. t. 6, 1: Qui restituere jussus non potest restituere 1) siquidem dolo fecit quominus possit, is, quantum adversarius in litem juraverit, damnandus est. 2) Si vero nec potest nec dolo fecit quominus possit (im Falle von culpa, auch lata, denn auch sie iſt nec = dolus): non pluris quam quanti res est .... — Nämlich „si potest“ dann findet Naturalvollſtreckung ſtatt, im klaſſiſchen Recht dagegen war Dieß der unmittelbarſte Eidesfall. Die Grundlage des Eides bildete die Kontumaz des Gegners, Beſitzesverluſt aus grobem Verſehen iſt als ſolche nie zu faſſen. — Ein Preziſt freilich haftet nach l. 8 §. 3 cf. l. 2 pr. prec. 43, 26 für Rückgabe dius quod precario ab illo habet aut dolo malo fecit ut desineret habere. Aber er iſt z. g. abgeleiteter Beſitzer, und zumal ſeit Aufſtellung des Innominatkontrakts „Do tibi possessionem ut ipsam mihi quandocunque voluerim restituas“ mußte die geſchäftliche Seite hier zum Einſchluß der lata culpa führen; Beides aber beſteht nicht zwiſchen dem Eigenthümer und dem Beſitzer als ſolchen.

Demnach muß nun der Eigenthumskläger, um ſich nicht vergebene Mühe zu machen mit dem ganzen Streite, zunächſt „requi-

riren", d. h. fragen und forſchen, ob der zu Beklagende entweder wirklich beſitzt oder betrüglich des Beſitzes ſich entſchlug: l. 36 pr. r. v. 6, 1.

Solche Frage iſt in Fällen anderer Art noch ungleich wichtiger. Z. B. ein Schuldner ſtirbt mit Hinterlaſſung mehrerer Erben. Der Gläubiger hat, falls die Klage (condictio si certum petatur) eine ſolche iſt, bei welcher man durch Ueberforderung auch das wirklich Geſchuldete verliert, den Theilerben vor dem (Inſtruktions-) Richter zu fragen, zu einem wie großen Theile er Erbe ſei, falls er hierüber noch keine Gewißheit hat und jenen Nachtheil nicht wagen will: l. 1 pr. i. in j. fac. 11, 1.

Mag Kläger oder Richter fragen, der Befragte muß antworten: l. 9 §. 1 ib. Aber nicht braucht er gegenüber der Eigenthumsklage die Frage zu beantworten, zu welchem Bruchtheile er Eigenthümer ſei; denn, iſt er auch gar nicht Eigenthümer, ſo kann er doch nur Demjenigen unterliegen, der als Kläger gegen ihn Eigenthum bewies. Dagegen ſahen wir, daß ein beklagter Erbe im Falle der l. 1 pr. supra cit. ſeinen Erbtheil dem fragenden Kläger nennen muß, denn dieſen vermag der Kläger nicht zu wiſſen, Jeder aber hat in der Regel ſein eignes Recht, z. B. Eigenthum, zu kennen.

Wann aber muß der Beſitz, die Paſſivlegitimation des Beklagten, vorliegen? Keller: über L. C. und Urtheil 1827 S. 191 ff. Zunächſt iſt die Legitimation klar, wenn ſie zur Zeit der Kriegsbefeſtigung (litis contestatio) zutrifft. Prokulus ferner entſchied: Früh genug erlangt Jener den Beſitz nach der Kriegsbefeſtigung vor dem Endurtheil: l. 27 §. 1 h. t. 6, 1. Andre läugneten Dieß; „omnimodo" deutet auf eine von den Kompilatoren weggeſchnittene Mittelmeinung.

Des Prokulus' Anſicht enthält eine offenbare, dem Geiſte ihres Urhebers adäquate Rechtsfortbildung. Sie knüpft ſich an den Zeitpunkt des Endurtheiles. Dieſer war früher, den Beſitz anlangend, nur wichtig für das Reſultat, nicht für die Führung des Rechtsſtreites. Der Richter befahl, nachdem er dem Kläger Recht geſprochen, dem Beklagten, die Sache herauszugeben. Schuldloſe Unfähigkeit iſt niemals Ungehorſam. Der nichtbeſitzende Beklagte mußte in ſolchem Falle alſo freigeſprochen werden. So war

nun auch die ganze Führung des Prozesses nutzlos gewesen, und daher stammt die Regel, von welcher unsre Stelle ausgeht:

„Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res judicatur."

Nach dieser Auffassung kann von einem „Widerspruch" in den Quellen (v. Savigny System 6 §. 263 S. 75 Anm. b) nicht die Rede sein.

Daß nun Prokulus, von jenem Normalfall absehend, den Besitz im Zeitpunkte des Endurtheils genügen läßt, rechtfertigt sich daraus, daß

1) der Beklagte dem richterlichen Arbitrium jetzt gehorchen kann —

2) die zur Zeit der Streitbefestigung festgestellte Intention des Klägers, Rechtsvertheidigung des Beklagten, Nichts wegen des Besitzes behaupten. Freilich zur Zeit der Legisaktionen mußte die Sache vorliegen: „Aio hanc rem meam esse rell.", und vollzog sich an derselben symbolische beiderseitige Eigenmacht. Bald aber war Dieß indeß eben nur noch eine — Formalität, welche mancher konservative Rechtsgelehrte noch für unerläßlich halten mochte, welche jedoch nach richtigerer Einsicht nur in der antiken Formstrenge und Plastik des Rechtsstreites ihren Grund hatte und der modernen Bequemlichkeit und Geistigkeit mit Recht weichen mußte. Die Schule des Labeo ist zu freisinnig, um im Privatrecht Dinge zu konserviren, deren Wurzeln im nationalen Rechtsboden abgestorben sind. Der letzte Prokulejaner, Priskus Neratius, vollendet die eingeschlagene Bahn: l. 9 §. 1 exc. r. j. 44, 2: A. erhebt Eigenthumsklage gegen N. — N. vertheidigt in der irrigen Meinung Besitzer zu sein. Nach Entscheid für A. und Arbitrium findet sich daß N. nicht besitzt noch besaß. Da er auch nicht betrüglich seinen Nichtbesitz bewirkt, ist er freizusprechen. Nun wird er Besitzer. A. klagt abermals. N. meint, die Sache sei erledigt. A. hingegen greift grade auch aus jenem Prozesse den ihm günstigen Endentscheid heraus: „ich bin als Eigenthümer deklarirt, und jetzt kannst, also mußt Du dem Arbitrium gehorchen". Wie, falls für N. entschieden gewesen wäre, alle seine Rechts- und Sach-Nachfolger die exceptio rei judicatae haben müßten: ebenso kann diese Einrede nicht wirksam sein, falls N. als Nichtbesitzer freige-

ſprochen war weil er nicht beſaß, und er nun beſitzt. Wäre R. aus gleichem Grunde vor der Kriegsbefeſtigung von der Inſtanz entbunden worden: ſo wird Niemand beanſtanden, daß ſpätrer Beſitz ihn klagbar ſtellt. Da nun ein judicatum pro actore innerhalb ſeiner Tragweite dem Beklagten kein Recht ſchafft, im Uebrigen aber die beiden Fälle einander gleich ſtehen: ſo muß das Recht des Klägers nach dem Judikat mindeſtens ſo ſtark ſein als es ohne Judikat ſein würde; ein ſtärkeres iſt es dadurch, daß der neue Prozeß mit dem Klägersgeſuch um Wiederaufnahme des Arbitrii oder Reſtitutionsbefehls ſofort beginnen darf.

Ganz entgegengeſetzt lautete die Beantwortung der Frage, wann der Kläger Eigenthümer ſein müſſe; hier wagten die Römer (anders das kanoniſche Recht: ſ. oben §. 5) nicht nachzugeben, da die Eigenthumsbehauptung in der Kriegsbefeſtigung überhaupt, alſo auch zeitlich, ausgeſprochen iſt, da zudem ein Nachgeben in dieſem Punkt die Vertheidigung ſtören muß.

Den Kern der Frage fanden wir arg. Ulp. l. 30 pr. pecul. 15, 1: Actione de peculio reum teneri, etiam si nihil sit in peculio quum ageretur (d. i. zur Zeit der Kriegsbefeſtigung), si modo sit rei judicatae tempore, Proculus et Pegasus aiunt: intenditur enim recte. Idem et circa in rem actionem placuit. — Um ſo mehr alſo: Vindizire ich eine jetzt werthloſe Sache, etwa ein kurſloſes Werthpapier, ſo iſt die Klage tenent, und der Werth zur Zeit der Verurtheilung, den es mittlerweile erlangt haben kann, maaßgebend.

Früh genug, um nicht verurtheilt werden zu können, verliert der Beklagte den Beſitz zwiſchen Kriegsbefeſtigung und Leiſtungszeit aus dem Endurtheil. Stirbt alſo der Beklagte nach der Kriegsbefeſtigung, ſo iſt — obwohl Prozeſſe an ſich vererben und der Erbe vermögensrechtlich Eins iſt mit dem Erblaſſer — ſein nichtbeſitzender Erbe freizuſprechen: l. 42 h. t. 6, 1 vgl. l. 12 §. 6 exhib. 10, 4 gleicher Aufſchrift, und l. 7 §. 9 Publ. 6, 2. Natürlich iſt Unſchuld im Beſitzverluſt vorausgeſetzt, die Schuld des Erblaſſers aber trägt der Erbe, nach kanoniſchem Recht ſoweit die Erbſchaft zahlen kann. Die Regel des Prokulus iſt auf den Erbesfall bezogen in l. 8 exhib. 10, 4 des Sabinianers Julian.

Wer sich der Sachvertheidigung darbot ohne Grund, indem er weder besaß noch betrüglich nichtbesaß, darf, falls der Kläger glaubt daß Jener besitze, und aus diesem Irrthum nicht erlöst ward, nicht freigesprochen werden: l. 25 h. t. 6, 1.

Entscheidend für das „liti se offerre" ist abermals die geschehene Einlassung. Schwierig sind die Schlußworte: Ceterum ante judicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, quum vere non possideret, nec videtur se liti optalisse qui discessit.

Die Benutzung eines vorhandenen Irrthums ist Betrug. Dort hatte der Beklagte den Glauben des Klägers, daß er (der Beklagte) besitze, benutzt. Der Beklagte wußte um diesen Glauben; er wußte, daß aus demselben der Kläger die Frage nach dem Besitz des Beklagten unterließ. Er benutzte den Irrthum zur Chikane, indem er sich einließ, später wieder zurücktreten will, sich auf seinen Nichtbesitz berufend. So kann der Kläger Jenen festhalten, indem er ihm beweist, daß Jener um den Irrthum („die Ignoranz des Nichtbesitzes u. s. w.) gewußt habe. Der objective Thatbestand des Betrugs ist aber die Einlassung; vorher kann der Beklagte zurücktreten („discedere"), vorher kann er, obwohl ungefragt, die prozeßhindernde Einrede der mangelnden Passivlegitimation realisiren.

Die Gefahr des Klägers, durch Unterlassen der Fragestellung fruchtlos geklagt zu haben, ist also insoweit nicht vorhanden, als er zeigen kann, man habe ihn an der Nase herumgeführt; es habe sich ihm Jemand in den Wurf gestellt, die Miene angenommen als wenn er diese Sache besäße, und sei darin so weit gegangen, auf die erhobene Klage sich durch Läugnen des Eigenthums des Klägers einzulassen.

Wer sich gar vorschiebt, um den Titius vor der drohenden Klage zu bewahren, ist „auf jeden Fall", d. h. (arg. l. 26 h. t. 6, 1) auch wenn der Kläger den Nichtbesitz des Ersten richtig erkennt, in Folge seiner Einlassung zu verurtheilen, falls der Kläger sein Eigenthum darthut: l. 27 pr. ib. Er haftet ja zunächst gar nicht ex capite doli, sondern wie ein vindex. Es ist dem Kläger unbenommen, einen andern Beklagten in Stelle des Erstbeklagten, ohne Veränderung des Materiellen im Prozeß, anzunehmen. Die gemeine Meinung (Schmid S. 280 f., v. Bangerow §. 332 Anm. 2

III 1 a a. E.) dagegen bezieht das „auf jeden Fall" weiter zurück, nämlich auf l. 25, welche dahin ausgelegt wird, daß der Beklagte vor der Kriegsbefestigung sein „Ja" noch zurücknehmen könne. Hiervon mache die l. 27 eine Ausnahme: falls die falsche Angabe den Kläger abhalte, gegen den wahren Besitzer zu gehen. Ich billige das, obgleich von angesehenen Rechtsgelehrten unsrer Zeit angefochtene, Resultat, vermag dasselbe aber nicht aus jenen Stellen zu lesen. Unser vindex muß die cautio judicatum solvi stellen; die dritte Klausel hierin ist die doli clausula: l. 6 jud. solvi 46, 7.

Der heimliche Grund des Vorschiebens war z. B.: Titius sollte ungestört die Ersitzung vollenden. Dieß gelingt, und nun will der Beklagte hieraus einen Gegenbeweis gegen das Klägereigenthum entnehmen. Sollte der Richter Dieß zulassen und draufhin freisprechen, so erübrigt Betrugsklage: l. 39 d. m. 4, 3. Besser ist es, der Richter verurtheilt schon dort (vgl. l. 4 pr. al. jud. mut. c. f. 4, 7); aber es kann ja auch sein, daß der Kläger den ihm gespielten Betrug erst später zu erweisen im Stande ist und ihn nachträglich allegirt, oder daß der Kläger cautionem jud. solvi zu fordern versäumte durch deren Ableistung erst die doli clausula in den Eigenthumsprozeß eintritt.

„Offerre se" ist also Dolus; ganz wie wenn man den Besitz betrüglich aufgiebt haftet man als wenn man besäße. Quasi possidens teneor. Diese Erweiterung der Passivlegitimation ging aus von der Erbrechtsklage: l. 13 §. 13 h. p. 5, 3: hier war sie gesetzlich eingeführt (doli clausula in diesem Sinne), die Wissenschaft und Praxis vermittelte die Erstreckung. Gegenstand ist das Betrugsinteresse.

Jenes Gesetz, der s. g. juventianische Senatsschluß, nämlich zog für die Erbrechtsklage auch vorangegangenen Betrug ausdrücklich mit in Betracht, umsomehr jetzigen Betrug. In die letztre Klasse gehört das „liti se offerre". Den vorangegangenen Betrug verstand die Wissenschaft auch von dem Falle „si dolo possessionem noluerit admittere", weßhalb wir einfach die Sache mit „betrüglichem Nichtbesitz" umschrieben, — ließ ferner die Klausel selbst dann wirken, falls die Sache nicht mehr existirte, da nun doch einmal der Betrüger auf seinen Nichtbesitz sich nicht stützen durfte, — und schloß endlich mit Recht, daß die Eigenthumsklage

gegen den Besitzer kumulativ zustehe (während noch im Falle der alienatio judicii mutandi causa facta nur gewählt werden kann und überdieß auch nur mittelst Umwegs der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: Diokletian 294 ... 305 c. un. h. t. 2, 55), also selbst, falls mehrere betrüglich Veräußernde einander folgten, vielmal geklagt werden könne ohne Aufzehrung der übrigen durch Klage aus einem Klagrecht: l. 20 §. 6 l. 25 §. 8 h. p. 5, 3. Denn auch wenn es heißt, der beklagte Betrüger vertrete den Besitzer: l. 131. 157 §. 1 r. i. 50, 17, so soll Dieß lediglich dort die Passivlegitimation begründen. Jener gilt als Besitzer abstrakt, nicht vertritt er den bestimmten Besitzer individuell. So sagt denn l. 7 h. t. 6, 1 ausdrücklich: Ist, wer dem Rechtsstreite sich darbot, verurtheilt, so wird um Nichts weniger richtig die Eigenthumsklage gegen den Besitzer erhoben. Auch kann der Erstbeklagte die Zession nicht erzwingen: l. 69 ib., in Strafe des Betrugs. Dagegen einem eben solchen Depositar und Kommodatar — so sagt l. 12 re jud. 42, 1 — pflege noch in der Exekutionsinstanz also geholfen zu werden. Und doch scheint Treulosigkeit schlimmer wie einfacher Betrug! Aber Deposit u. s. w. sind bonae fidei negotia; die bona fides fordert die Zession. Ein Kommodatar u. s. w. hat contrariam actionem, ein einfacher Eigenthumsbeklagter hat Nichts der Art; actio kann zu exceptio verwendet werden. Der Eigenthümer braucht seinem eigenen Detentor nicht vollständig die betrügliche Besitzesentschlagung nachzuweisen; das Erste ist, daß der Beklagte zeige, wo er die Sache gelassen. Dagegen ist der einfache Besitzer nicht Schuldner des Eigenthümers und nicht an sich Rechenschaft schuldig über das Verkommen seines Besitzes. Dieser Betrüger ist also gefährlicher, daher strafbarer, wie jener. Man hat wol auch gesagt: Ein Leiher vertraute dem Betrüger, u. s. w. Aber ich fürchte, daß man hier eine germanische Reflexion einschwärzt. Denn sollte selbst der Detentor zu sorglos ausgewählt sein: nach R. R. bleibt Betrug ärger als Fahrlässigkeit, und um die Gerechtigkeit steht es ganz schlecht, daß, wer betrügt und zugleich geschenktes Vertrauen mißbraucht, minder strafbar sein solle als ein bloßer Betrüger.

Die Römer aber gehen aus von der Gerechtigkeit der Zession, vom Standpunkte der reinen Schadensersatzpflicht. Hätte man den Betrüger nur für das Interesse kaviren lassen, so zwang

man den Kläger, sich nach dem Besitzer umzusehen, mehrfach zu klagen, während doch auch hieran nur der Betrug Schuld war. Begnügte sich indeß der Kläger hiermit, etwa mit cautio judicatum solvi, und ward nun der Besitzer, weil er vor der Kriegsbefestigung mit ihm die Ersitzung vollendet, freigesprochen: so war zwar die (außergerichtliche) Stipulation erloschen, doch blieb der Dolus zu realisiren: arg. l. 39 d. m. 4, 3.

Die Zession war gerecht, weil der Kläger den vollen Werth seines Eigenthums erhielt und somit außer Schaden war. Die Treulosigkeit hatte ihm vielleicht, nämlich falls der Besitzer noch zu ermitteln stand und die Sache unversehrt blieb, nicht soviel Schaden angerichtet; diese Chance ist also ein Anspruch des Schuldigen und wurde ihm im Endurtheil regelmäßig gewahrt; regelmäßig, d. h. wenn nicht schon erhellte, daß der Empfänger die Sache zerstört u. dgl.

Dieser Zessionsanspruch ist „zur Erhöhung der Strafe" dem einfachen Betrüger als Eigenthumsverklagtem entzogen. Nicht aber kumuliren sich, falls er die Sache zerstörte, gegen ihn aquilische und Eigenthumsklage; war die letztre Klage erhoben, so bedarf es keiner Klägerskaution als Verzichts auf das aq. Klagrecht; anders ist es bei ersterhobener Erbrechtsklage, da die Erbschaft und eine erbschaftliche Einzelsache nicht an sich (total oder partiell) „eadem res" im Sinne von „Ne bis de eadem re agatur" sind: l. 36 §. 2 h. p. 5, 3.

Aber bedeutet nicht die Ersatzleistung einen Kauf, und muß man nicht demgemäß auch ohne Zession jenem Betrüger die publizianische Klage geben? Zur unmittelbaren Statthaftigkeit fehlte es am Besitzeserwerbe, von der Erstreckung (quasi Publ.) aber hielt die Erwägung ab, daß man sonst Jedermann in die Lage setzen würde, gegen den Willen des Eigenthümers und mittelst eignen Unrechts die Sache zu erwerben: l. 70 h. t. 6, 1.

Der Betrüger ist nicht Stellvertreter des Besitzers, genießt also auch keineswegs dessen Vertheidigungsmittel. Somit ist die Klage gegen den Betrüger glatter und durchdringender. Also braucht, falls vor der Streitbefestigung der wahre Besitzer sich darbietet, der Kläger, der ein solches Interesse nachweist, den Betrüger nicht zu entlassen; während, böte Jener das Objekt oder dessen Schätzung (l. 95 §. 9 sol. 46, 3) unmittelbar

an, das Klagrecht gegen den Betrüger erlöschen muß: l. 13 §. 14 h. p. 5, 3.

In der klassischen Zeit war es in gewissem Sinne freiwillig für den betrüglichen Veräußerer, sich der (utilis) r. v. zu unterwerfen. Denn nur die Jurisprudenz hatte die Klage so aufgestellt, aber freilich zu seinem Nutzen. Denn, unterwarf er sich, dann vermied er die schlimmere Edikts klage aus alienatio judicii mutandi causa facta: l. 3 §. 5. al. jud. mut. c. f. 4, 7. Allerdings aber fällt unser Dolus mit dieser strafbaren Veräußerung nicht vollkommen zusammen: l. 4 §. 1 ib. Daß die r. v. dann gleichwohl gegeben wird, fließt aus der Autorität der ICti, quibus (durch die augusteische venia respondendi) jura condere permissum est, und deren Uebereinstimmung dem Richter Norm ist. Aber das Nämliche ergiebt sich durch die Parallele der Erbrechtsklage. Beide Klagen sind dinglich mit gleicher Intention. Der ganze Unterschied war anfangs die Universalität und Spezialität des Objekts: l. 27 §. 3 h. t. 6, 1; er wuchs durch das s. g. Juventianum, aber die Wissenschaft entlehnte auch hieraus das für Eigenthumsklage Nützliche, nicht also z. B. die Bestimmungen der l. 25 §. 2 und l. 36 §. 3 h. p. 5, 3, denn nur der vorgebliche Erbe führt die Geschäfte der Erbschaft, „pretium succedit in locum rei“ (und umgekehrt) trifft keinen Singularbesitzer. Dazu kam nun das auch in den Provinzen verkündigte Edikt, welches aus betrüglicher Veräußerung behufs Prozeßpartheiwechsels eine Entschädigungsklage gab: in factum actio, alium adversarium nos non habuisse: l. 1 pr. al. jud. mut. c. f. 4, 7. Man gedenke der in factum und der in rem utilis actio des Stoffherrn der Zuwachssache; beide Klagen haben nur Formverschiedenheit. So stimmte civile und gentium jus zu dem Resultate, welches nun die Wissenschaft gewann. Die Brücke schlägt l. 4 §. 2 ib.

Für den Fall des „liti se offerre“ bemerkten wir, daß der Kläger, der um den Nichtbesitz des Gegners weiß, sich selbst betrügt: l. 26 h. t. 6, 1. Daß er aber weiß, muß der Beklagte, da er selbst jedenfalls unwahr blieb, auf das Einleuchtendste zeigen: l. 45 h. p. 5, 3.

Eine Klage auf den Veräußerungserlös giebt Severus Alexander in c. 1 r. al. non alienand. 4, 51. Hier setzt „nullo

jure munitus“ nicht nothwendig Betrug voraus, ja darf nicht in diesem Sinne genommen werden, weil sonst gar das volle Interesse zu fordern stände. Jene Kondiktion also gehört in das Obligationenrecht. Das oberste Prinzip ist Bereicherung aus fremdem Eigenthum; die Klage surrogirt der durch Eigenthumsuntergang absolut unzuständigen Eigenthumsklage. Eius quod ex re mea superest vindicandi jus habeo. Der Kaufpreis ist kein Sachrest. Die Kondiktion erfaßt ihn gleichwohl, wie wenn er ein solcher Rest wäre. In diesem subsidiären Falle also wird der Geschäftsgewinn, in der Sphäre des Obligationenrechts, einem Sachgewinn gleichgestellt: l. 23 r. c. 12, 1 („quasi mihi legatum“ selbst bona fide).

Stirbt der Eigenthumsbeklagte nach der Kriegsbefestigung, so ist sein Erbe gleichwohl, falls er nicht besitzt, freizusprechen, außer insoweit der Erblasser persönlich Etwas verschuldet hatte: l. 42 h. t. 6, 1. Letztrenfalls nämlich haftet der Erbe für soviel als die Erbschaft aus diesem Grunde reicher ist (die kanonische Erweiterung s. unten). Z. B. der Erblasser hatte betrüglich veräußert: dann zahlt der Erbe den Effektiverlös: l. 12 §. 6 exh. 10, 4 (gleicher Aufschrift). Francke Beitr. 1, 1 S. 3 f. Daraus ergiebt sich die Regel der Eigenthumsklage:

Nicht als Erbe, sondern selbständig ist man Parthei. Die Frage nach der Vererblichkeit der Legitimation ist eine müßige: die Klage steht dem Erben als Eigenthümer zu: vgl. l. 7 §. 9 Publ. 6, 2; sie richtet sich gegen den Erben als Besitzer. Trifft Beides ein, dann ist der Prozeß materiell der nämliche: Stephan. Schol. 130 S. 26, doch muß der Name des Erben eintreten in Hinblick auf dessen mögliche Verschuldungen u. dgl.: l. 51 h. t. 6, 1.

Hörte der zu Verklagende vor der Kriegsbefestigung betrüglich auf, zu besitzen, so brauchen seine Erben sich auf Eigenthumsklage zwar nicht einzulassen, aber auf Herausgabe ihrer auch nur augenblicklichen (l. 127 r. i. 50, 17) Bereicherung bringt die in factum actio: l. 52 h. t. 6, 1. Das Summarium des cap. 5 X rapt. 5, 17 sagt sogar: „juxta facultatem defuncti“, doch lautet der Text noch weiter:

Wer eine Kirche angezündet, bereute sterbend. Seine Erben müssen Entschädigung leisten „juxta facultates suas“, um seine Seele zu erlösen.

Diesen Ausspruch Alexanders III. v. J. 1180 beschränkt die Praxis indeß auf diejenigen facultates der Erben, die sie als Erben haben, und vielleicht — s. jedoch die französische Praxis bei Jo. Pontas diction. cas. consc. 2 art. haeres cas. 25 — war auch Dieß nur päbstliche Meinung. Vgl. Arndts §. 104 Anm. 2 a. E.

Schon der heilige Auguſtin erklärte, die Sünde werde nicht erlassen bevor das Weggenommene zurückgegeben sei. So ward dem Zinswucherer das ehrliche kirchliche Begräbniß versagt und die Altarsgemeinschaft entzogen: cap. 5 X usfr. 5, 19.

Den Artikel des Sachsenspiegels, der Erbe sei nicht gehalten, sich zu verantworten wegen Diebstahls oder Spoliums des Erblassers, verdammt Gregor XI. in der Bulle an Karl IV. vom Jahr 1374 (1375?), mit den Worten: quod erroneum est, saltim in foro conscientiae“. Und in gleichem Sinne übte Eugen IV., vielleicht zu Basel 1431, sein Zensoramt.

So ward jener Artikel verhindert, sich als gemeines Recht zu behaupten: J. H. Böhmer j. eccl. prot. 5. 2. Ausg. 1734. Tit. 17 §. 135.

Der natürlichen Betrachtung sind die Obligationen jeglichen Ursprungs und jeglicher Wirkung Vermögensstücke, also regelrecht vererblich: Grotius de j. belli et pacis III cap. 2 §. 1. Im positiven Recht sichert überdieß den Erben das beneficium inventarii. Dennoch sind den Römern zunächst alle Privatstrafen unvererblich, wie denn auch die Strafbarkeit individuell ist und bleiben muß. Dann aber sind sogar die Entschädigungsklagen, soweit der entsprechende Gewinn beim Beschädiger geringer ist, eben durch jene individuelle Strafbarkeit beschränkt: nur dieß Letztre ändert, abgesehen von der einengenden Auslegung, das kanonische Rechtsbuch:

Die Erben sollen selbst aus eigenen Mitteln (denn warum traten sie an?) den Schaden ersetzen.

Die Nichtanerkennung des Zwecks (Erlösung) protestantischer Seits, die päbstliche Anwendung nächstliegender geistlicher Zwangsmittel, treffen die Gültigkeit des Rechtssatzes nicht: v. Savigny 5

§. 211. Anders steht es um die Frage der Rezeption, und hier verweisen wir auf die obige Restriktivdeutung der gemeinen Praxis.

Da die Erben für eigene Verschuldung haften, so setzen sie sich der Eigenthumsklage aus auch durch Dolus quominus haberent vel ad se perveniret: l. 8 §. 8 prec. 43, 26. Das Prinzip des Prätors war eben: Der Erbe haftet aus verwerflichen Handlungen des Erblassers überall nur soweit er durch dieselben entweder bereichert ist oder die Bereicherung betrüglich vermied: Schmidt Interdiktenverfahren 1853 S. 166.

Stirbt der Besitzer vor der Kriegsbefestigung mit mehrern Erben, deren einer, die Sache ganz besitzender, nun verklagt wird: so steht keine Theilungseinrede aus dem Partialerbenrecht zu: l. 55 h. t. 6, 1. Denn als Selbstbesitzer wurde Jener verklagt. Dem Rückgriff aber ist Nichts vergeben.

§. 8. Die Sache.

Die Eigenthumsklage ruht auf dem Eigenthum des Klägers. Sie ist unmöglich, falls die Sache eigenthumsunfähig wäre.

Vgl. l. 43 h. t. 6, 1:

1. Quae religiosis adhaerent, religiosa sunt. — Religiöse Sachen haben Zuwachsrecht. Denn sie gelten dem Römer als Eigenthum der Götter. Gleichwohl entspringt kein Eigenthumsprozeß um solches Eigenthum, denn nur Menschen streiten vor Gericht, „nach menschlichem Recht" sind aber jene Sachen herrenlose, da sie keines Menschen Eigenthum sein können. Diese Kollision der Rechte erscheint nicht bei solchen dem Verkehr entzogenen Sachen, über welche auch nicht göttliches Eigenthum gedacht wird. Daher hat das Meer kein Zuwachsrecht: Gebäude, im Meer errichtet, theilen nicht dessen Eigenthumsunfähigkeit, denn Zuwachs setzt Eigenthum voraus.

2. Et idcirco nec lapides inaedificati, postquam remoti sunt, vindicari possunt. — „Nec" d. h. „ne post remotionem quidem". Ohne die Religiosität, müßte die Remotion das selbständige Eigen-

thum wieder wecken. Das Religiöſe aber wird unfähig menſchlichen Eigenthums überhaupt. Das bisherige Privateigenthum ſchläft nicht ein, es ſtirbt. Die Remotion ergiebt alſo eine zwar eigenthumsfähige immerhin jedoch zunächſt herrenloſe Sache. Das in Meeresboden oder öffentlichen Fluſſes Bett verkehrte Privatgrundſtück fällt, wieder befreit, auch nicht dem frühern Herrn als ſolchem heim.

3. In factum autem actione petitori extra ordinem subvenitur, ut is, qui hoc fecit, restituere eos compellatur. — Dieß iſt dieſelbe in f. actio, von welcher allgemein berichtet wird, ſie ſei ſo oft unerläßlich, als, unbillig gegen bisher Berechtigte, Eigenthums- und Löſungs-Klagen poſitiv nicht paſſen. Ihr materielles Ziel iſt dem der Eigenthumsklage gleich. Da ſie ſubſidiär iſt, ſo müſſen wir auch vor der Löſung die de tigno juncto actio ausſchließen. Die letztre Klage geht gegen den Hausherrn; das Religiöſe gehört auch nicht ſeinem Stifter. Arbiträr iſt die in f. a. wie die Eigenthumsklage: arg. l. 23 §. 6 r. v. 6, 1. Sie ſteht auch Dem zu, deſſen Material in ein Grabmal unfreiwillig verbaut ward; als Surrogat der a. de t. j. resp. (bei mala fides) ad exhibendum.

4. Sed si alieni, sine voluntate domini inaedificati, ... nondum functo monumento in hoc detracti erunt ut alibi reponerentur, poterunt a domino vindicari. — Denn erſt das Einbringen der Leiche macht die Stätte religiös; vorher ſteht, abgeſehen von Remotion, folglich de t. j. a. zu.

5. Quodsi in hoc detracti erunt, ut (in ipso monumento) reponerentur, similiter dominum eos repetere posse constat. — Auch hier war noch keine Leiche eingebracht. Aber in Stelle der r. v. bleibt, trotz jener Detraktion, de t. j. a.: arg. Fest. v. sarpiuntur, dazu Huschke de t. j. (a. M. ſcheint Puchta kl. ziv. Schr. S. 398).

Aber die Römer haben die Eigenthumsklage über Eigenthumsſachen hinauserſtreckt. Z. B. Niemand kann eine Heerde ſehen; er ſieht viele zuſammen ſich haltende Thiere, und knüpft daran den Begriff der Heerde. Auch berührbar ſind nur die einzelnen

Thiere.[1]) Dennoch ward die Klage zugelassen: „Ich behaupte, diese Heerde ist mein". Wir sahen vorhin, daß es Eigenthum in gewissem Sinne, ohne Eigenthumsklage, giebt; jetzt entdecken wir die ächte Eigenthumsklage, in einem Falle ohne Eigenthum. Zu Letztrem ein noch auffallenderes Beispiel bietet die Klage: „Ich behaupte, dieses Haus ist mein". Und doch bindet der Boden das Haus. Gleichwohl kann man nur durch die Annahme der Zulässigkeit dieser Klagformulirung die l. 49 pr. r. v. 6, 1, besonders auch deren

---

1) Girtanner in Gerber's und Ihering's Jahrb. 3 (1858) Nr. 2 erklärt Heerden wieder für Eigenthumsobjekte. Aber l. 1 §. 3 h. t. 6. 1 „Gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint" bezieht sich auf das Vorhergehende „posse gregem vindicari Pomponius ait", denn in Eigenthumsklage ist enthalten „si paret gregem actoris esse." Also muß auch Beweis wie Intention sein. Dieß bezeugen jene Worte so kurz wie möglich. Also man kann Heerde-Eigenthum beweisen, und doch giebt es kein Heerde-Eigenthum? Es heißt auch „si paret hereditatem T. Fannii actoris esse": man muß Erbrecht beweisen, und doch giebt es kein Erbschaftseigenthum. Dort ist der Beweis nur der leichtere: arg. „licet singula capita nostra non sint". Wir stehen auch nicht ganz mit der von Wächter'schen Auffassung (Erörtr. Nr. 1), wohl aber mit von Bangerow. — Die „Bestimmung" der Sache ist, innerhalb ihrer natürlichen Fähigkeit, durch persönliche Willkühr gegeben und veränderlich, während das Eigenthum das nämliche bleibt. Wir halten es für eine verwerfliche Verwirrung des persönlichen und des sachlichen Gebiets, wenn Girtanner am Schlusse seiner Arbeit (S. 296 f.) den Eigenthumsbegriff so umschreibt: „Die Bestimmung der Sache, so wie sie auf der materiellen Basis der Fähigkeit als Vermögensgegenstand (zur Verm. Herrschaft) und des durch Natur oder Verkehr bestimmten Zweckes eine von der Willkühr unabhängige Existenz hat — diese Bestimmung ist es (diese innere Seite), von der erstens das rechtliche Dasein und die Einheitlichkeit der Sache abhängt (unabhängig von ihrem Verhältniß als physisch einheitlicher oder nicht einheitlicher Körper), ebenso das Verhältniß des Ganzen zu den Theilen. Es kann eine Mehrheit physischer Körper mit oder ohne körperlichen Zusammenhang (welcher letztre dabei zwar Einfluß übt, aber das Verhältniß nicht wesentlich ändert) als rechtliche Einheit erscheinen durch einheitliche Bestimmung, und es kann umgekehrt der physisch einheitliche Körper durch Theilung seiner Bestimmung als eines selbständigen Objekts in seiner Beziehung auf das Werthverhältniß als eine Mehrheit von Objekten behandelt werden (ohne Theilung des Körpers). Die sachliche Bestimmung giebt aber auch zweitens für das rechtliche Verhältniß der Sache zur Person die Nothwendigkeit zweier Grundformen, in denen dieses Verhältniß zur Erscheinung kommen kann: das Eigenthum und die jura in re aliena, und besonders für jenes bestimmt jene Sachlichkeit den Inhalt."

Stellung in unſren Titel, erklären. Jemand hatte das Haus vindizirt, hernach entſtand Streit über den Platz. Celſus entſcheidet, jene Klage enthalte den Platz ebenfalls. Denn rechtlich untrennbar ſind Haus und Hausplatz. Genauer wäre der „Platz“ vindizirt worden, aber fundus bezeichnete rusticum, aedes urbanum praedium. Wir erinnern uns des vorzizeronianiſchen Bedenkens, unter fundus im Uſukapionsgeſetz der Tafeln aedes mitzubegreifen. Die Hausvindikation ſoll nicht bloße ſuperfiziariſche Klage bedeuten. A vindizirte das Haus von B und ſiegte; das Haus brennt ab, B verlangt den Platz. Solche Aufſtellungen ſchlägt Celſus zu Boden. — Ferner war ein „Schiff“ vindizirbar, und doch „proprietas totius navis carinae causam sequitur.“ Loſes Beiwerk zwar, wie die Takelage, das Boot u. dgl., behält ſeinen Herrn, und fällt nicht in die Schiffsvindikation: l. 3 §. 1 h. t. 6, 1. Aber hätte dort nicht vielmehr der „Kiel“ vindizirt werden müſſen, der zu dem darauf gezimmerten Schiffe offenbar in gleichem Verhältniſſe ſteht wie der Platz zum Hauſe? Auch die fremden Balken gehören jetzt zum Kieleigenthum. Bleibt der Kiel, ſo bringen die größten ſonſtigen Veränderungen kein „neues“ Schiff zu Wege: l. 61 h. t. 6, 1. Dagegen Kielbau aus fremden Balken iſt Spezifikation: l. 26 pr. a. r. d. 41, 1.

Alſo der Eigenthumskläger redete von „Haus“ und „Schiff“, und meinte „Platz“ und „Kiel“.

Eine materielle Anomalie findet ſich folglich nur im Heerdefall; Dieß fühlten die römiſchen Juriſten wohl, doch wichen ſie dem praktiſchen Drange. Heerden werden in Einem verkauft und, vulgär,[1]) auch demnächſt in Einem „übergeben“. Eine „Heerde“ wird zu „Eigenthum“ vermacht. Zumal dieſer Fall war unausweichlich. Denn es gab eine Zeit, in welcher das als ſolches unrichtige Eigenthumsvermächtniß nicht in andrer Art zu retten ſtand.

---

1) Zum juriſtiſchen Standpunkte hebt Dieß Girtanner S. 233 wieder empor. „Die Anſicht, daß man von Beſitz nicht rückſichtlich der universitas rerum distantium“ (zu weit!) „ſprechen dürfe, iſt jetzt ſo allgemein und unbedingt herrſchend“ (auch richtig) „, daß ihre Bekämpfung nur dann der Mühe werth wäre, wenn es ſich um praktiſche Konſequenzen handelte. Dieß iſt gar nicht der Fall.“ (??) „.... Ich bin der Anſicht, daß ein Unterſchied auch rückſichtlich der Tradition nicht hervortrete.“

Es nun ungültig zu lassen, das hätte die Rechtswissenschaft mit gutem Grunde beim Volke diskreditirt. So ließ man gregis vindicationem zu, sträubte sich aber weiter zu gehen wo logischer Ausweg sich bot. So sagt Julian l. 56 h. t. 6, 1:

Vindicatio non ut gregis ita et peculii[1]) recepta est, sed res singulas is cui legatum peculium est petet.

Die hier angenommene Auskunft konnte man bei Heerden deßhalb nicht brauchen, weil jeder Laie eine Heerde um Nichts weniger für sein hält, sollten auch einzelne fremde Thiere eingemischt sein. Diese zwar, nicht aber um dieser willen die „Heerde" kann ihm abverlangt werden. In einem Pekulium ferner sind, abgesehen von der hier nicht weiter in Betracht kommenden Ungleichartigkeit der darin stehenden Eigenthumsgegenstände unter einander, auch Forderungen und Schulden enthalten; sie vermochten nicht Vorwurf eines Eigenthumsvermächtnisses zu sein; es blieb also in Ansehung ihrer das Eigenthumsvermächtniß auch nicht durch die Gesammtbenennung zu retten. Nur die Erbrechtsklage umfaßt in Form der Eigenthumsklage auch die unkörperlichen Erbschaftsstücke; einem Legatar steht sie nicht zu; Pekul ist nicht Erbschaft. Dieser Gegensatz — die Verstattung der Eigenthumsklage auf eine Heerde, ihre Versagung auf ein Pekul — stört nicht die Aehnlichkeit beider Vermächtnisse hinsichtlich ihrer Einheit in der objektiven Zuwendung. Ex his non possunt quaedam sperni, quaedam vindicari; quia unum legatum est: l. 6 leg. 2. Zufällig kann der materielle Inhalt einer Erbschaft nur aus einem Pekul bestehen. Schon früh war Dieß der Fall, wenn ein Hauskind mit kastrensischem Pekul verstarb, doch nur in der rein negativen Weise, daß alles andre thatsächliche Vermögen, jedenfalls durch jenen Tod, rechtlich dem Hausvater gehörte. Filii familias peti potest „hereditas" — gewiß nicht „castrense peculium" — ex testamento nobis obveniens: l. 34 pr. h. p. 5, 3.

Indeß ward schon Anfangs der Kaiserzeit, zur Befriedigung des letzten Willens, bei vermachtem Pekul auch der unkörperlichen Rechte Rechnung getragen, jedoch ohne Gestattung einer Gesammt-

---

1) Diese Stelle mißachten Viele, z. B. v. Wening I. §. 121, wenn sie die Vindikation der „universitates rerum distantium" zulassen.

vindikation. Die Einheit des Pekuls ist ideeller als die der Heerde. Die Heerde ist beisammen aus angeborenem Instinkt und angelernter Gewöhnung; die Jungen folgen den Müttern, die Mutter dem leitenden Thiere als dem Souverän des kleinen Thierstaates; das Ganze endlich unterliegt der Leitung von Hirt und Hund. So mag der gemeine Mann sich einbilden, die Heerde zu sehen; nicht so wird er urtheilen [1]) über ein Pekul, [2]) dessen Stücke gewöhnlich allenthalben zerstreut liegen — wie selten wird es aus einem einzigen Stücke bestehen, etwa einem schuldfreien Landgute mit Zubehör, oder aus einer Geldkiste u. dgl.! —: hier ist die Einheit nur eine persönlich geschäftliche, in keinem Sinne organisch vermittelt.

Nun kann die Heerde nicht, das Pekul wohl Schulden haben. Bilden Pekulschulden sich aus Forderungen des Herrn des Sklaven, der Mitsklaven, der Kinder oder Erben (l. 6 §. 5 pecul. leg. 33, 8) des Herrn: dann kann der Legatar nicht mehr die Summe der Einzelvindikationen zum vollen Betrage der Eigenthumssachen siegreich durchführen. Ipso jure freilich bleibt er Alleineigenthümer. Der Gegenanspruch ist pfandrechtsähnlich: §. 1 ib. vv. „adversus heredem vindicantem“. Doch führt der Prozeß — mag geklagt haben wer von Beiden in der Lage war klagen zu müssen — zu Begründung von Miteigenthum, sowie der Richter Eigenthum und Forderung anerkannte und (l. 22 pr. ib.) der Legatar nicht zahlt. Deminui singula corpora debebunt. Die Einrede aus dem Forderungsrecht ist nur zunächst dilatorisch, ihre Basis ein selbst zu Klagrecht führendes Retentionsrecht. So bleibt dem Legatar an den Eigenthumsobjekten schließlich der durch das

---

1) Eine auf ein Waarenlager gerichtete Universaleigenthumsklage dürfen wir auch nicht zulassen: A. G. Leipzig und O. A. G. Dresden, bei Seuffert 3 Nr 329; a. M. Schmid S. 291. Zwar liegen die Stücke hier in einem Lokal beisammen, dennoch fehlt das organische Band, und es bleibt ja auch die Heerdenvindikation eine Singularität welche somit zu analoger Erstreckung unbrauchbar ist; also kann auch sonstige Uebereinstimmung zwischen Heerden und Waarenlagern, als sogenannten facti universitates, hieran Nichts ändern.

2) Auch der Hausvater kann in der confessoria actio keineswegs den Nießbrauch an den gesammten Adventizien im Wege einer Universalklage realisiren; O. A. G. Cassel bei Seuffert 3 Nr. 340.

Verhältniß zwischen Gesammt-Aktiven und -Passiven sich ergebende Bruchtheil. Darin stimmten Sabinianer und Prokulejaner überein, und so berichtet Ulpian in l. 6 pr. ib. Die Klausel „ohne Abzug der Schulden" widersprach dem Pekulbegriffe, aber der favor legatorum rettete durch Streichung der Klausel die Hauptverfügung. Nah verwandt ist die Streichung unmöglicher Bedingungen. Denn es ist eine Unmöglichkeit, daß durch jene Klausel die Eigenthumsklagrechte erwachsen könnten. Auf einer Sache lastende Schulden sind kein Eigenthumsbruchtheil.

Nachdem die Streichung der Klausel die Hauptverfügung gerettet, mußte nun dennoch nachträglich dem in der Klausel enthaltenen materiellen Willen Gerechtigkeit widerfahren. Erinnern wir uns der ächt römischen Behandlung des heres ex re certa institutus: Reuner, die h. i. ex re certa, 1853. In unserm Falle bleibt es sich zwar für das Recht des Legatars an sich ganz gleich, ob die Nebenbestimmung im Legat steht; nicht so für das Gegenrecht des Erben. Dieses erfolgreich aufzustellen wird dem Erben durch Berufung des Legatars auf den in der Klausel enthaltenen Willen, in Form von exceptio resp. replicatio doli, also überhaupt nur ope exceptionis, vereitelt.

Wir bauten die l. 6 §. 1 cit. über ihren eigenen Inhalt hinaus aus. Insbesondere von der replicatio ist weder für noch gegen die Rede, von der exceptio allerdings. „Besitzt der Legatar, so", sagt Ulpian, „hat er exceptionem doli gegen den Erben; denn er hat in solidis rebus voluntatem (defuncti) aeris alieni non deducendi." Doch berechtigt uns zu jenem Ausbau besonders der Schluß der Stelle. Denn der Römer deklarirt hier, im Gegensatz zum Ausgangssatze, die Gültigkeit der beliebig lautenden Klausel. Z. B. „Ich erlasse meinem Sklaven was er mir schuldet". Oder auch nur: „Er ist mir Nichts schuldig." Denn auch sonst kann der Herr dem Sklaven Schulden beliebig erlassen.

Umgekehrt muß, was der Herr dem Sklaven schuldet, im gleichen Sinne das Pekul mehren. Diese Folgerung zieht Ulpian §. 4 daselbst, aber er verweist auf ein widersprechendes Reskript von Septimius Severus und Karakalla, welches dem Legatar das Klagrecht auf dasjenige Geld versagt, quam (pecuniam) se in rationem domini impendisse dicit. Daß jedoch dieses Re-

ſkript eine Singularität enthalte, iſt ſchon deßhalb kaum anzunehmen, weil die Wiſſenſchaft daſſelbe ohne Betonung eines beſondren Nutzens (utilitas) generaliſirt hat. Wir erachten, daß, da civiles obligationes zwiſchen Herrn und Sklaven unmöglich waren, die Verfagung des Klagrechts ganz regelmäßig blieb. Der Tod des Schuldners wandelt die natürliche Schuld nicht in eine bürgerliche. Wohl kann der Wille des Erblaſſers Dieß bewirken; aber, daß er das gewollt, iſt ſo wenig zu vermuthen, wie vermuthet werden darf, daß ein Geſetz, dem ein regelrechter Sinn innewohnt, eine Singularität aufſtellen wolle. Immerhin aber bleibt dort die alte naturalis obl., alſo ſteht exceptio zu. Der klagende Legatar kann alſo, falls die Erben ſeine Schuldlaſt an den Erblaſſer abziehen wollen, jedenfalls die replicatio compensationis zum Belauf der Kongruenz von gegenſeitig Geſchuldetem gebrauchen. Behufs dieſer Replik bezieht er ſich ebenſo einfach auf die Pekulrechnungen, und auf letztwillige Anerkenntniſſe die ihn bekanntlich des Beweiſes überheben

Daß der Legatar dritte Pekulſchuldner mit den alten Rechtsmitteln verfolgen kann, bedarf keiner Erwähnung. Dagegen ſind dritte Pekulgläubiger durch die Regel, wonach Verpflichtungen von Sklaven deren Tod nicht überdauern, um ihre Forderungen anſcheinend gebracht. Für ſie wird durch die Vorſchrift geſorgt, daß der Erbe das Pekul nur gegen cautio defensum iri auszahlen ſoll: l. 18 ib. Denn die de peculio actio geht gegen den Hausvater; den Deckungsfonds hält der Erbe; der Sklave war als Menſch nicht im Spiel und tritt als Perſon nicht hinein; wie das Pekul nur als Nettovermögen zu berechnen, ſo iſt es vermacht; exceptio doli iſt unbeſtreitbar; der Erbe, den das Retentionsrecht, eventuell die Kaution, ſicherſtellt, bleibt den Gläubigern verhaftet; die Pekulienklage iſt paſſiv vererblich.

Pekulſache war auch der Vikar des Sklaven: l. 22 §. 1 ib. Dieſem folgte ſein Pekul: l. 6 §. 2 ib. Da Dieß aber nur Vermuthung iſt, ſo bleibt, falls Beide mit vermachten Pekulien freigelaſſen ſind, Jedem ſein Pekul, ſo, daß dem Vikar der Aftervikar folgt u. ſ. w.: §. 3 ib.

Bei der Heerde, einem von Forderungen und Schulden freien Aggregat von Körpern, bedarf es ſolcher feiner Unterſuchungen nicht. Zwar iſt eine Heerde, weil verkäuflich, auch verpfändbar,

und die formelle Konzession der Eigenthumsklage ermöglichte zugleich die utilis (hypothecaria) r. v. Bei alledem haben die Römer die Unkörperlichkeit der Heerde als wissenschaftliche Regel festgehalten. Die Einheit ist verschieden von ihrem kollektiven Substrat. Aehnlich ist Gemeindevermögen nicht Gesammtvermögen aller einzelnen Bürger nach Bruchtheilen. Das tertium comparationis ist die universitas (rerum, personarum).

Daß man an der Logik thunlichst festhielt: Dieß trug selbst wieder dem praktischen Bedürfnisse seine Frucht. Es erleichterte die Heerdevindikation. Verwechselte man die Heerde mit der Summe der Thiere, dann müßte man jenen Kläger das Eigenthum über jedes einzelne Thier zeigen lassen — eine Vielzahl von s. g. probationes diabolicae! — eine unsägliche Schwierigkeit für den Richter, ein so zusammengestricktes Netz vieler Prozesse in einen Akten zu prüfen! Die Logik läßt Dieß nicht zu. Es genügt vielmehr, daß die „Heerde" des Klägers ist, obwohl einzelne Thiere derselben nicht sein sind; denn er klagt nicht auf „Thiere": l. 1 §. 3 h. t. 6, 1; übrigens schrieb erst Pomponius, die Vindikation der „Heerde" sei nicht abzuweisen. Gehören dem A und dem B je die Hälfte der Thiere, so kann aus diesem Grunde Keiner von Beiden die „Heerde", auch nicht die „halbe Heerde" vindiziren. Vgl. Girtanner S. 120 ff. [1]) Wem aber die Mehrheit eigen ist, der mag die „Heerde unter Abzug der fremden Thiere" einklagen. So sagt l. 23 §. 5 ib.: Deiner Heerdevindikation steht nicht im Wege,

1) Derf. S. 132: „Zur Begründung der Heerdevindikation wird erfordert der Nachweis entweder, daß die Heerde die Fortsetzung einer dem Vindikanten als universitas gehörigen sei, wie sich dieselbe gemäß der Natur und dem natürlichen Wechsel einer solchen gegenwärtig gestaltet hat — oder, daß in derselben so viele eigene einzelne Stücke des Vindikanten befindlich, daß im Verhältniß dazu die fremden nur als eine Akzession erscheinen müßten, deren Wechsel für die Identität der Heerde gleichgültig sein würde." S. 133 ... 6 ... 8 ff.: L. 21 §. 1 exc. r. jud. 44, 2: „Si petiero gregem et v. aucto v. minuto numero gregis iterum eundem gregem petam, obstabit ... exceptio. Sed et si speciale corpus ex grege petam (grex wäre also selbst ein universale corpus), si adfuit (tunc fuerit oder fuit) in eo grege, puto obstaturam exceptionem." Denn beiden Vindikationen gemeinsam ist die Richtung auf Restitution der einzelnen Bestandtheile oder eventuell die Leistung des Quanti ea res est. Wahrscheinlich gedachte Pomponius der exc. rei in judicium deductae.

daß mein Widder (vgl. Girtanner S. 112) eingemiſcht iſt; und umgekehrt; auch liefert die Geſammtfaſſung der Stelle den Beweis, daß ſchon bei den Römern ich nicht vorgängiger Löſungs- (Ausſcheidungs-) Klage (ad exhibendum actio) bedurfte, um zu der Widdervindikation durchzudringen; denn eine Heerde iſt auch nicht mechaniſche Einheit.

Jener Abzug mindert die Leiſtungsſumme des ſchuldig befundenen Beklagten: l. 2 ib.

Wäre Heerde und Thierſumme identiſch, dann widerſpräche die Folgerung aus dem Mehrheits- auf das Heerde-Eigenthum den geläufigen Grundſätzen über Vermiſchung gleichartiger Stoffe verſchiedener Herrn. Denn hier entſpringt Miteigenthum trotz Ungleichheit der Quantitäten; ſolche Ungleichheit findet in der Beſtimmung der Bruchtheile ihre Ausgleichung. Dagegen die Heerde iſt auch nicht ein Körper. Die Entſcheidung aus der Mehrheit auf die Einheit hat einerſeits abermals die Analogie der Perſonengemeinde für ſich, andrerſeits baut es die praktiſche Natur der Heerdevindikation aus. Denn, ließe man auch den Herrn der Hälfte oder gar der Minderheit der Thiere als einen Heerdevindikanten zu, ſo wäre dem Beklagten eine gleich große oder gar größere Beweislaſt als dem Kläger aufgebürdet.

Die Heerde bleibt, wenn gleich die Minderheit der Thiere wechſelt. Z. B. ſie zählte 300 Thiere, 100 fallen, dafür werden 100 neu abgekauft deren Eigenthümer oder gutgläubigem Beſitzer: O. A. G. Roſtock bei Seuffert 7 Nr. 283.[1]) Ferner bleibt die Heerde trotz Verringerung ihres Beſtandes, ſollte auch im Verhältniß zur urſprünglichen Thierzahl nur noch eine Minderheit übrig ſein; ſollte ſelbſt dieſe Minderheit gerade nur aus den nacherworbenen Hundert beſtehen: l. 3 pr. ib.

Urkunden ſind körperlich, ſind Eigenthumsobjekte, ſind alſo vindizirbar. So ſteht dem Erben die Vindikation der den letzten Willen enthaltenden Originalurkunden grade deßhalb zu, weil auch dieſe Urkunden zu den Erbſchaftsſachen zählen: l. 3 test. quemadm.

---

1) Es ergiebt ſich, daß ſchon die Römer eine Kombination der Eigenthumsklage mit der publizianiſchen Klage kannten.

ap. 29, 3. Das Gleiche muß von Schuldverschreibungen, auch Wechseln (O. A. G. Lübeck bei Seuffert 3 Nr. 93) gelten: Mackeldey Lehrbuch §. 269 Anm. e. Glück Pand. 8 §. 584 S. 151 f. Schmid H. B. beſ. Theil §. 15 S. 290. Die Vindikation von ſolchen öffentlichen Schuldſcheinen, welche auf jeden Inhaber lauten, umfaßt auch deren Inhalt welcher außerhalb des Bereiches der Eigenthumsnutzung an ſich liegt: Mühlenbruch Pand. II §. 270 Anm. 1. Unter ſolchem Inhalt iſt hier die in dem Papier enthaltene Geldempfangsanweiſung auf beſtimmte Kaſſen verſtanden, die Erklärung, daß dieſe Kaſſen Beſtimmtes zu beſtimmter Zeit zahlen werden, auch die Kapitalverſchreibung auf den Hauptpapieren.

Nach preußiſchem Recht jedoch können auf jeden Inhaber lautende Papiere und Urkunden, ſo lange ſie nicht außer Kurs geſetzt ſind (L.R. 1, 15 §. 47), ſowenig wie baares Geld, unter der gleichen Modalität, gegen einen redlichen Beſitzer nicht zurückgefordert werden (§. 45 daſelbſt),[1]) es ſei denn daß — in beiden Fällen — der

1) Dieſen Satz poſtulirt auch ein Theil der Praxis für das gemeine Recht, beſonders ſeitdem es einen §. 74 der deutſchen Wechſelordnung giebt. Vgl. auch Seuffert Arch. 10 Nr. 201. Es ſcheint allerdings richtig, daß im Zweifel nur jeder getreue Inhaber des Papiers die Anſprüche ſicher realiſiren kann, zu deren Tilgung der Ausſteller ſich als verpflichtet bekennt. Doch können wir nicht mit den Oberappellhöfen zu Celle (Seuffert Arch. 5 Nr. 4) und Darmſtadt (6 Nr. 313) daraus ſchließen, daß Jenem irgend ein Recht der Abwehr des Eigenthümers zuſtände. Man darf nicht Eigenthum und Forderung bei jenen Papieren identifiziren, das iſt logiſch und praktiſch verkehrt (vgl. z. B. O. A. G. Wolfenbüttel 7 Nr. 152. 9, 206, Kaſſationshof daſelbſt 9 Nr. 331) und verwirrend. Eigenthum bleibt abſolut, Forderungsrecht relativ. Es iſt ein Unſinn, von verkörperten Obligationen zu reden, gar das Papier wie eine juriſtiſche Perſon zum Gläubiger zu machen. Meiſtens und am Beſten beruft man ſich für die angegebene Beſchränkung der Vindikation auf das „Bedürfniß". Hierüber haben wir kein Urtheil. Der Handel freilich fordert möglichſte Emanzipation, aber der Staat hat nicht die Aufgabe, dem Drängen einſeitig nachzugeben, welches, wie jüngſte Erfahrungen lehren, die ganze bürgerliche Geſellſchaft in Mitleidenſchaft bei Stockungen zieht. Iſt man am einen Ende gegen Privilegien, ſo muß man billiger Weiſe am andern Ende auch dagegen ſein. Ich würde es aber ſtets für reine Ungerechtigkeit halten, würde mir die Verfolgung eines ſolchen Werthpapiers abgeſchnitten, welches ich vielleicht ohne alle Nachläſſigkeit aus meiner Gewahrſam verlor

gegenwärtige Besitzer das Objekt unentgeldlich überkam: §. 46 daselbst. Auch Bankobligationen sind au porteur in diesem Sinne, insoweit sie diese Klausel durch Staatsermächtigung enthalten: vgl. preuß. Reskript 2. März 1795, bei Mannkopff hinter §. 47 cit. Nr. 1. Eine Kabinettsordre vom 17. Juni 1833 (hinter I, 11 §. 737) läßt ohne Staatsgenehmigung die auf jeden Briefinhaber gestellten Wechsel derjenigen Personen zu, welche kaufmännische Rechte haben: §. 1 daselbst; aber andere Privatbriefe auf jeden Inhaber können immerhin noch mit der Eigenthumsklage verfolgt werden, sowenig sie gegen den Aussteller ein Schuldklagrecht begründen: arg. a contr. §. 3 ih.

Die Vindikation von Papier- und Münzgelde ist die gleiche.

Briefe sind Urkunden. Hinsichtlich ihrer Vindikation wäre Nichts zu bemerken, so wie man nur den Eigenthumserwerb richtig erfaßt hat. Hierzu bedarf es lediglich der Anwendung der gewöhnlichen Regeln über Eigenthumsübergabe. Sonach wird der Addressat Eigenthümer des Briefs durch dessen Annahme, sei es in Person sei es durch einen Stellvertreter. Wartet der Bote des Addressanten auf Antwort, so erwirbt er durch deren Empfang seinem Herrn das Eigenthum des Antwortschreibens. Giebt aber A dem B ein an C addressirtes Empfehlungsschreiben: dann ist B, falls das Schreiben nur seinen Interessen dient, jedenfalls Alleineigenthümer, bis er es an C einhändigte. Wir stimmen also mit Schmid a. a. O. Anm. 77 dahin überein, daß keine Singularität, wie Gesterding sie herausliest, in l. 65 pr. a. r. d. 41, 1 zu finden ist.

Reelle Untheilbarkeit schließt die Möglichkeit einer (Bruch-) Theilvindikation nicht aus: l. 35 §. 3 h. t. 6, 1. Sind A und B

---

und welches nun ein „redlicher" (?) Käufer mir vorenthält. Dazu kommt schließlich die ganze Verwirrung über die Frage, wie denn Begriff und Beweislast der Redlichkeit zu stellen sei, so daß es fast scheint, die hochgepriesene Erfindung sei auch für die Advokaten „Bedürfniß". Und warum sollte ein in längerm Frieden und durch die Zivilisation unseres Zeitalters hoch und frisch emporgewachsner Baum, wie der Handel, nicht auch sich der Scheere des Gärtners, zu seinem wahren Vortheil, unterziehen müssen? Wir sind nicht so optimistisch, Alles, was sich Bahn brach, als einen neuen Segen zu begrüßen. Im Uebrigen ist die Frage im Obligationenrecht, in dem sie wurzelt, am Platze. — Vgl. Obertribunal Stuttgart (Seuffert 5 Nr. 252): Die Eigenthumsklage auf solche Papiere findet — wie jede Eigenthums-

Miteigenthümer eines Grundstücks, welches mit Ausschließung des A der B und der C besitzen, so zwar, daß B nur seinen ideellen Theil besitzt: so ist die Eigenthumsklage natürlich von A nur gegen C zu richten, denn Bruchtheile gleicher Höhe sind unter einander fungibel. Besitzen dagegen B und C zu räumlichen Theilen, so hat A Beide zu verklagen, hernach klagt B gegen C. Eine Mobilie kann gar nicht mehrere Besitzer nach räumlichen Theilen haben: l. 8. ib.

Ist von einem Eigenthum nur das Geringste übrig, so steht der Umstand, daß dieses Geringste gar nicht mehr den Begriff des Ganzen erkennen läßt (l. 22 leg. 1), der Fortdauer des Eigenthums, somit auch der Zuständigkeit der Eigenthumsklage nicht entgegen: l. 49 §. 1 h. t. 6, 1.

§. 9. Klagzweck.

Die Klage ist das rechtlich stärkste Mittel der Rechtsvertheidigung. Der Staat ersetzt durch Einsetzung der Gerichte die angriffsweise Selbsthülfe welche er verbietet. Vor dem Staate war auch diese Selbsthülfe Nothwehr, denn das Recht geht nicht verloren mit der thatsächlichen Ausübung; so verliert der Eigenthümer mit dem Genusse (oder Besitze) keineswegs die ausschließende Genußbefugniß. Also *vertheidigt* er auch klagend das Eigenthum, nur muß er, da die Thatsachen gegen ihn sprechen, sein Eigenthum beweisen; deßhalb ist doch der Besitzer nicht präsumptiver — geschweige denn interimistischer — Eigenthümer, denn es giebt kein präsumptives, es giebt nur wirkliches oder aber gar kein Eigenthum. Das *stärkste* Vertheidigungsmittel des Eigenthums ist aber die Eigenthumsklage darum, weil sie dem Eigenthümer *zum Besitze* zu verhelfen die Bestimmung und die Kraft hat.

Die richtige Behauptung, daß der Kläger vorzugsweise sein Recht „vertheidige", wurde mitunter gestützt auf l. 54 h. t. 6, 1:

„Zwischen *Advokatenpflicht* und *Vertheidigung* der *eignen* Sache ist ein starker Unterschied. So verlor, wer dem Eigenthums*kläger*, unwissend daß die Sache ihm (dem Advo-

---

klage — gegen Denjenigen statt, der sie, zwar vom Kläger, jedoch unter Nichtigkeit des Eigenthumsvertrags (in concreto: mangelnder Insinuation übermäßiger Schenkung) erwarb. — Er ist b. f. poss. in gewissem Sinne,

laten) selbst gehörte, assistirte, durch Prozeßverlust sein Eigenthum nicht."

Indessen kann der Ausdruck „Vertheidiger" hier dem Gegensatz zu Liebe gewählt sein. Ein Advokat vertheidigt seinen Klienten, Kläger wie Beklagten. Wer sich ohne Advokaten behilft, ist gleichsam sein eigner Advokat, vertheidigt seine eigenen Rechtsbehauptungen. So ist von homines sui juris nur um der hominis alieni juris willen die Rede. „Sein eigener Herr sein", „sich selbst vertreten", sind Positionen aus Negativem; Drittgewaltsrecht, Drittvertheidigung wird dadurch geläugnet.

Der befestigte Eigenthumsstreit mit dem Diebe tilgt dessen Schuld nicht. Denn, obwohl die Ersatzschuldklage nur dem Eigenthümer zusteht, so ist hier das Eigenthum des Klägers gleichwohl nur Voraussetzung, nicht Gegenstand. Aber die Bedingung des klägerischen Verzichtes auf dieses Klagrecht darf und muß der Eigenthumsrichter, nach Entscheid für den Kläger, seinem an den Beklagten zu richtenden Auslieferungsbefehl einfügen, um so mehr, da das gesammte Klägersinteresse ohnehin als „omnis causa" mit in Rücksicht kommt.

War umgekehrt die Schuldklage in erster Linie erhoben und leistete der Verurtheilte die Geldschätzung vor: so ist die Eigenthumsklage auch nicht schlechthin (ipso jure) ausgeschlossen, da der Dieb (oder ein Dritter) besitzt und der Bestohlene, weil „litis aestimatio similis est emptioni" auf dingliche Klagen sich beschränkt, Eigenthümer blieb, auch verdient der Dieb keine Schonung: demnach wird der Auslieferungsbefehl nur dann erfolgen können, falls der siegreiche Eigenthumskläger bereit ist, das Empfangene zu erstatten: l. 9 §. 1 furt. 47, 2.

Man wird hieraus folgendes praktisches Resultat gewinnen: Kann der Eigenthümer die nämliche Person außer auf die Sache auch auf deren Werth verklagen, 1) zieht er das Erstre vor, dann deckt die Sache den Werth; wählt er dagegen 2) das Letztre, so kann er immer noch die Eigenthumsklage behufs Umtausches des Werthes gegen die Sache gebrauchen, denn er kann auch nicht gezwungen werden seine Sache zu verkaufen.

Der beſiegte Eigenthumsbeklagte muß die Sache dem ſiegreichen Eigenthumskläger herausgeben.

Im römiſchen Formularprozeß indeß war dieſer Zwang ein nur indirekter: der Beklagte vermied durch die Herausgabe die einſeitig eidliche Schätzung des Geldintereſſes durch den Kläger und die demgemäß eintretende Verurtheilung. Vor Alters, ſagt vielleicht Gaius 4 §. 48 — vgl. M. S. Mayer, ad Caii inst. comm. IV §. 48 commentatio, 1853 — wurde zwar auf die Sache ſelbſt verurtheilt. Daß der Römer hier auf das Zeitalter des Legisaktionenprozeſſes hinweiſe, erſcheint zunächſt wahrſcheinlich, da Gaius in den L. AA. den älteſten römiſchen Prozeß erblickt. Die Stelle lautet:

Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus ... judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sic (oder: sed) ut olim fieri solebat, sed (oder wegzulaſſen) aestimata re pecuniam eum condemnat.

Die in Klammern angedeutete andre Lesart, von Mayer gebilligt, für welche ſich ſagen läßt, daß „olim“ nicht nur „vor Alters“ bedeutet, ſondern auch „von Alters her“, ſoviel wie „jampridem“ — nur erwartete man dann „solet“ —, zeigt eine Uebereinſtimmung zwiſchen dem L. AA.- und dem Formular-Prozeß, bei welcher man freilich ſich wundern muß, weßhalb Gaius beifügt, es ſei zur Zeit der L. AA. gradeſo geweſen, weil ohne dieſe Bemerkung Niemand auf andere Gedanken kommen könnte. Beide Lesarten ſetzen übrigens voraus, daß auch die L. A. im Judizium zur Verurtheilung führte, und Dieß iſt es, was v. Keller, der röm. Civ. Pr. 2. Ausg. 1853 §. 16, entſchieden läugnet. Die ſtärkſten Gründe müſſen den Meiſter der Wiſſenſchaft des röm. Civ. Prozeſſes bewogen haben, dem Anſehen des Gaius, deſſen Auffindung den Sonnenaufgang für jene Wiſſenſchaft bedeutete, zu widerſprechen. Das Urtheil, ſagt Keller, enthielt nur den Befund über den Inhalt der Intention, der Beklagte konnte dadurch höchſtens „judicatus“ werden. — Alſo hätte Gaius ungenau geredet? Jedenfalls geht auch im Form. Prozeß das Judikat auf die Sache, doch darauf folgt, falls die richterliche Aufforderung an den ſchuldigbefundnen Beklagten, die Sache in Natur

zurückzugeben, fruchtlos bleibt, die Verurtheilung in die vom Kläger eingeschätzte Geldsumme.

Für die L. AA. nimmt Keller §. 13 daselbst nicht einmal ein „Judikat auf die Sache“ an; hier steht allein die ordentliche, d. i. die sacramenti l. a. in Rede. „Der Richter entschied nur, utrius sacramentum justum, utrius injustum sit“; d. h. wer von Beiden die Wette verloren habe. Nun war der Wetteinsatz meist unbedeutend im Verhältniß zum Streitobjekt. Somit wäre das Materielle vom Formellen verschlungen worden? Ferner: den Wetteinsatz verlor der Prozeßverlierer nach Gaius „poenae nomine“. Somit wären alle Zivilklagen im Sakramentsprozesse Pönalklagen gewesen, mit allen daraus fließenden Konsequenzen? Gewiß ist, daß der Richter die Wette entschied; daß damit seine Funktionen nicht beendigt waren, daß dem Kläger nicht Genüge geschieht dadurch daß der Beklagte die Wettsumme an das Aerar verliert, leuchtet ein. Geben wir zu, daß der Wettentscheid auch über die Hauptfrage implicite und genugsam „judizirte“: ohne Verurtheilung des Beklagten nützte Dieß dem Kläger eventuell Nichts. Gaius irrt nach Keller doppelt, wenn K. das judicatum in rem ipsam läugnet: denn G. spricht ausdrücklich von „res ipsa“ und von „condemnare“, K. giebt nur ein „judicatum“ zu, und auch dieses nur auf das „sacramentum“.

Unsres Wissens hat der Formularprozeß das Verfahren in jure verändert, das in judicio nicht berührt. Wir dürfen unbedenklich annehmen, daß Formveränderungen der Prozeßeinleitung auf die Natur der Prozeßentscheidung nicht einwirkten; judicatum, arbitrium, condemnatio waren zur L. AA.-Zeit so gut denkbar und nöthig wie im Formularprozeß. „Hunc ego fundum ex jure Quiritium meum esse aio“ wandelt sich in der petitorischen Formel lediglich in die dritte Person: „si paret fundum e. j. Q. Auli Agerii esse“. Trifft die Bedingung ein, und gehorcht nun der Beklagte dem richterlichen Auslieferungsbefehl nicht: so befiehlt die Formel seine Verurtheilung. In der L. A. fungiren Zeugen statt der Formelurkunde. Sie hören die res qua de agitur, aus ihrem Zeugniß lernt der Richter seine Pflicht, den Beklagten — schließlich und eventuell zu verurtheilen. Aber Keller sagt, jener älteste Prozeß habe sich um das Sakrament gedreht. Doch,

ſo ſcheint uns, wickelte er ſich naturgemäß ab wie er ſich aufgewickelt hatte. Der Schluß der Reden und Widerreden der Partheien im Jus war die Aufforderung, am 30. Tage zur Wahl des Richters abermals vor dem Magiſtrat ſich einzufinden. Dieß geſchieht zunächſt; nun beginnt das Judizium. Nach vollführtem Beweisverfahren entſcheidet der Richter über die Wette, denn dieſe ging jener Aufforderung vorher. Wer die Wette verliert, hat mit Unrecht vindizirt: Keller §. 14 S. 57. Der Anfang des Jus aber, die wörtliche und thätliche Anſprache und Ergreifung der Sache ſeitens beider Partheien, jener ſymboliſche Beſitzſtreit auf Grund der Eigenthumsbehauptung dem der obrigkeitliche Friedensbefehl ein Ende machte, mußte den Schluß im Judizium inſofern bilden, als der unterlegene Beklagte aufzufordern war, den unrechtfertigen Beſitz herauszugeben; gehorcht er nicht, dann iſt die Verurtheilung nothwendig weil der Kläger ſonſt ſein Recht nicht bekommt. Er ſtritt von Anfang nicht lediglich darum, wer Eigenthümer ſei, ſondern aus der Eigenthumsbehauptung heraus griff er nach dem Beſitze; die Worte legitimirten die That. Der Beſitz alſo muß ihm werden; die Verpflichtung des Beklagten, die Sache zu erſtatten, muß der Richter ausſprechen.

Der berühmte Streit — Stintzing, über das Verfahren der l. a. sacr. im Verhältniß zu dem Verfahren durch sponsio praejudicialis 1853; v. Keller in der 2. Aufl. ſ. röm. Civ. Pr. —, ob man einander durch das Sakrament oder aber zum Sakrament aufforderte, iſt ſchwer zu entſcheiden. Das temporale „Quando tu injuria vindicavisti, sacramento te provoco“ ſcheint darum der zweiten Auslegung günſtiger, weil „provoco“ ſonſt aller Achtung ermangelte. Ueberdieß war allgemeine Provokation ſchon vorausgegangen: Dicas, qua ex causa vindicaveris. Sonſt konnte das Sakrament veralten, der Prozeß ſonſt unverändert bleiben. Nun judizirte der Richter jedenfalls auf die Sache, d. i. über das Eigenthum, explicite. Und, als die nämliche Intention endlich in die vom Prätor verfaßte Urkunde gebracht ward, da blieb die Thätigkeit des Geſchwornen die alte.

Noch vor Aufhebung der Regel des L. AA. Prozeſſes trat für Schuldklagen auf beſtimmte Geldſummen der Sakramentsprozeß aus ſeiner ausſchließlichen Anwendbarkeit. Hier konnten in Folge

eines Volksgesetzes die Partheien ohne Sakrament, mittelst Wette (sponsio et restipulatio) um ein Drittheil des Streitobjekts richterliche Entscheidung erlangen: Keller §. 18 S. 73. Von Andrem abgesehen lag der Vortheil auch darin, daß 1) die Wettsumme dem Streitobjekt verhältnißmäßiger war, 2) Nichts an das Aerar, sondern die Wettsumme des Verlierers an den Gewinner fiel. Bald wendete man die neue Form auch auf Eigenthumsstreit an, und zwar zur Umgehung des Sakraments, so daß, wie aus dem Unterbleiben der Restipulation einleuchtet, die Wette nicht, wie dort, zugleich ernstlich gemeint war, also auch nicht die Wettsumme eingetrieben wurde, sondern die Wette nur dazu diente, durch richterlichen Entscheid das Eigenthum gradeso implicite (cf. Gai. 4 §§. 89. 91.) mitzuentscheiden, wie Dieß aus der alten Sakramentsentscheidung herfloß. Noch neben der formula petitoria blieb diese in rem per sponsionem actio bestehen, sie selbst führte nun zu einer besondern Formel. Wir erheben Anspruch (provocare) an den Gegner — so sagt Gai. 4 §. 93 — durch eine Wette folgender Art; „Falls der in Frage stehende Sklave mein ist, versprichst Du mir 25 Sesterzen zu geben?" Darauf setzen wir die Ertheilung der Formel durch mit der Intention „der Beklagte müsse uns die Sponsionssumme geben"; „der Eigenthumsbeweis macht uns siegen. So wird „per sponsionem de re" judizirt: Gai. ib. §. 94. Diese mittelbare galt neben der unmittelbaren Eigenthumsklage mittelst Formel noch zu Gaius' (§. 92 ib.) Zeit. Einige Aufklärung über den Nutzen jener Fortdauer möchte der Umstand geben, daß Gai. l. c. „Petitoria formula ..." nicht „ex jure Quiritium" hat (vgl. Paul. l. 6 pr. h. t. 6, 1), während die Wette in §. 93 beginnt „Si home e. j. Q. meus est". „Sponsion, nicht in der weitern Bedeutung der l. 7 v. s. 50, 16, sondern in der technischen des Gai. §. 93 cit., blieb den Fremden noch verschlossen, als sie bereits in Rom prozeßfähig waren; ihnen war die petitorische Formel Bedürfniß, so mußte sie auch Römern zugänglich werden, die doch nicht schlechtere Rechtsfähigkeit als Fremde haben können. Hatte man einmal das Sakrament umgehen gelernt durch die Sponsion, hatte der Staat das Versiegen dieser Finanzquelle einmal verschmerzt, die Vornahme der Sponsion war nachher gleichgültig. Also wurde die petitorische Formel auch für quiritisches

Eigen brauchbar: Gai. 4 §. 41; dieß war schon zu Cizero's Zeit anerkannt (in Verr. 2, 12 §. 31). Nach Gai. 4 §. 34 Ulp. 28 §. 12 klagt der Güterbesitzer die erbschaftlichen Einzelrechte als fingirter Erbe ein: Si heres esset, tum, si paret fundum e. j. Q. eius esse oportere rell. Ebenso klagt nach Gai. §. 35 ib. der Güterkäufer, doch bisweilen — nämlich natürlicher Weise „si vivi bona venierant" — auch realisirt er das Recht des Kridars zu seinen eignen Gunsten: ex persona eius sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam: vgl. das Muster für solche Einklagungen fremden Rechts bei Gai. §. 86 ib. Diese Klage heißt die rutilianische, nach dem einführenden Prätor P. Rutilius, dem nämlichen, welchem die Einführung solchen Güterverkaufs überhaupt zugeschrieben wird; jene, die ficticia actio des Güterkäufers, heißt die servianische.

Nun sind aber die Erbschaftssachen bis zu vollendeter Ersitzung seitens des Güterbesitzers nur in dessen s. g. natürlichem Eigenthum: Gai. 3 §. 80, mittlerweile also stand nur utilis actio zu: §. 81 ib. Utilis in rem ist auch die publizianische Klage. Wer fertig ersaß, der hat die zivile (direkta) und bedarf nicht der honorarischen Klage: l. 1 §. 1 Publ. 6, 2. Ob aber die Publiziana jeden werdenden Eigenthümer, namentlich ob sie auch den bonitarischen Erwerber schützte, dagegen streiten Diejenigen, welche letztrenfalls direkte Klage ohne ex jure Quir. vorziehen. Die Digestenfassung des publ. Edikts kann um so mehr interpolirt sein, als die Erwähnung jener veralteten Ersitzung zu unterdrücken war welche das In Bonis zu quiritischem Eigen erhob. Aber da der bonitarische Erwerb Ersitzungsklage schuf, so muß um deßwillen die Publiziana verstattet worden sein; jedoch war die direkte Klage ohne e. j. Q. dadurch ihm nicht entbehrlich, denn sie versagte nicht wie jene entgegen dem publizianischen Besitzer. Divisionem accepit dominium. Dem Fremden, der ja nicht „ersitzen" konnte, stand natürlich nur die direkte Klage zu.

Annähernd vgl. l. 6 §. 2 confessis 42, 2: Si fundum vindicem meum esse tuque confessus sis, perinde habearis atque si dominii mei fundum esse pronunciatum est. — Liegt hier ein Tribonianismus vor? Ulpian kann, in Weglassung von „ex jure Quir.", kurz sprechen, zumal wenn es keine andre Eigenthumsklage

gab als die ex j. Q. Der fundus (Italicus) war mancipi res; die Stelle ſcheint die direkte Eigenthumsklage ohne ex j. Q. darauf hin zuzugeben, dieß kann nur von bon. Eigenthum verſtanden werden. Dann iſt höchſtens „dom. mei“ für „in bonis meis“ interpolirt. Gegen die Möglichkeit der Eigenthumsklage ohne ex j. Q. kann am Wenigſten angeführt werden Gai. 2 §. 194 vv. vindicare i. e. intendere rem suam e. j. Q. esse. Denn hier wird nicht vindicare erſchöpfend begränzt, vielmehr die Klage dem Legatar beſtimmt, Vindikationslegat aber fand nur an quiritiſchem Eigen ſtatt: §. 196 daſelbſt. Alſo lehrt §. 194 cit., daß mit vindicare hier nicht genug geſagt iſt, daß die in dieſem Falle paſſende Vindikation „ex j. Q.“ ſein muß.

Zu erklären bleibt der Fortbeſtand der ex sponsione neben der petitoria in rem actio. Setzen wir, der Kläger fordert den Beklagten mittelſt Spondesne zur Wette heraus. Zieht der Beklagte das Klägereigenthum einfach in Abrede, dann muß er eingehen auf die Wette oder dem Beſitz entſagen. Aber er kann Einreden haben. Die Wette gewinnt der Kläger durch Eigenthumsbeweis. Die Einreden ſich zu retten, darf daher der Beklagte, herausgefordert, ſtatt Einlaſſung auf die Wette einen Arbiter verlangen bevor er vom Prätor ſcheidet. Die gleiche Alternative ſteht von Anfang in der Wahl des Klägers; er wird den Arbiter vorziehen, falls er erſt durch Repliken zu ſiegen vermöchte. Ein Kläger alſo, der ſein Eigenthum, nöthigenfalls durch Erſitzungsbeweis, direkt zu erhärten im Stande iſt, thut wohl, die Sponſion anzubieten; denn, läßt der Beklagte ſich ein, dann erfolgt die Entſcheidung auf dem kürzeſten Wege.

Aber dieſe Strenge des Klägers kann ihm ſelbſt Gefahr bringen. Denn er muß den Rechtsſtreit, da die Klage behauptet, die Wettſumme ſei ihm geſchuldet, auch dann verlieren, wenn die Sponſion in ſich ſelbſt ungültig war. Iſt ſie ungültig, dann darf der Kläger zum Beweis der Sponſionsbedingung nicht zugelaſſen werden, und ſo kann er ſein Eigenthum nie wieder verfolgen, „ne bis de eadem re actio sit.“ So mag die Sponſion hier außer Gebrauch gekommen ſein.

Kehren wir nun zu Gai. 4 §. 48 zurück, ſo kennt das juſtinianeiſche Recht die Verurtheilung auf die Sache ſelbſt.

§. 32 J. aa. 4, 6: Curare debet judex, ut certae pecuniae vel rei sententiam ferat. Will man hier an das Judikat denken, ſo müßte umgekehrt ſtehen „rei vel pecuniae“; vel: nämlich falls dem Arbitrium nicht gehorcht wird.

In c. 47 fideic. lib. 7, 4 vermacht A ſeinen Sklaven C dem B unter der Auflage ihn freizulaſſen. Der Erbe D weigert die Hingabe des C an B, und läßt ſich auf die Prozeßſchätzung in Geld verurtheilen. Dieſer Urtheilsſpruch iſt thöricht; er hätte auf den Sklaven ſelbſt lauten müſſen; denn wie ſoll C nun frei werden? Muß er aber überhaupt frei werden: wer muß ihn freilaſſen, B oder D? Läßt D ihn frei, kann dann B das empfangene Geld ganz oder theilweiſe oder gar nicht behalten? Alle dieſe Zweifel hätte eine richtige Entſcheidung nicht aufkommen laſſen.

Daß das juſtinianeiſche Recht in formaler Hinſicht mehrfach den Zuſtand des alten Zivilrechts wiederherſtellt, iſt bekannt; aber freilich unterläßt Juſtinian ſonſt nicht leicht, Dieß zu betonen. Uebrigens iſt ein Urtheilsſpruch, welcher pronunciatio (judicatum) und condemnatio in einem Athem in Fällen alter arbitrariae actiones enthielte, nicht erweislich ſchon vorjuſtinianeiſch. Am Wenigſten iſt Solches bereits enthalten in l. 68 h. t. 6, 1 von Ulpian: Gehorcht der unterliegende Beklagte dem richterlichen Auslieferungsbefehle nicht, indem er behauptet er könne nicht ausliefern, ſo wird, falls er die Sache hat, mann militari (διὰ στρατιωτῶν) richteramtlich (officio judicis, denn dem Richter war Jener ungehorſam) der Beſitz von ihm auf den Kläger übertragen. Dann erfogt Verurtheilung nur Namens der Frucht und omnis causa. Kann er wirklich nicht ausliefern, dann wird er durchaus verurtheilt. Allgemein paßt Dieß auf alle arbiträren Klagen und Interdikte. — Neu iſt hier nur die manus militaris, deren erfolgreiche Anwendung, ſo weit ſie reicht, Verurtheilung ausſchließt. Alſo bleibt es bei Geldverurtheilung, giebt es noch keine Verurtheilung auf die Sache ſelbſt, wohl eine Vollſtreckung des Auslieferungsbefehls. Oeffentliche Vollſtreckung iſt aber extra ordinem. Vgl. l. 3 pr. ne vis fiat ei 43, 4 deſſelben Ulpian: Wird der zu Erhaltung ſeines Fideikommiſſes Eingewieſene nicht zugelaſſen, ſo gebraucht der Einweiſende ſeine obrigkeitliche Macht, ihn einzuführen. Zieht der Eingewieſene vor, ſein bekanntes Interdikt (uhr. tit. cit.) zu

gebrauchen, so steht Dem Nichts im Wege. Aber besser wird es sein, zu sagen, es sei Rechtens, daß der Dezernent extra ord. kraft seiner Macht sein Dekret zu vollstrecken habe, nicht selten sogar mittelst bewaffneter Mannschaft. — Das Bessere und weniger Gute stellt sich grade umgekehrt im Falle von Ulpian's l. 1 §. 2 si ventris 25, 5. Aber hier handelt es sich nicht um ein Fideikommiß; eben Fideikommisse beruhten nicht im Zivilrecht und waren nur extra ord. klagbar.

Durchaus nie, so sagen Theodos, Arkadius und Honorius in der an die comites et magistri utriusque militiae gerichteten c. 1 off. mil. jud. 1, 46, soll in Geschäften von Privatleuten militärischer Schutz oder Vollstreckung ertheilt werden. — Dieß heißt aber doch nur, wie auch die interpretatio ad h. l. annimmt: Ueber Zivilsachen sind die Militärgerichte weder zu Rechtsschutz noch zu Vollstreckung kompetent. Manus militaris dagegen ist die armata cohors des Zivilrichters.

Demnach ist mit dem Verfahren extra ordinem die öffentliche Vollstreckung des Judikats auf die Sache selbst aufgekommen: Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß I. (1846) S. 150. Das alte Recht kennt nur Privatvollstreckung. Eine Verurtheilung auf die Sache in Natur verfügt erst Justinian, in offenbarer Steigerung des frühern Vollstreckungsbefehls; diese Verurtheilung verbindet sich jetzt mit dem Judikat, da auf die Willigkeit des Beklagten, der leisten kann, ohnehin Nichts mehr ankommt, wodurch das Arbitrium als zwecklos wegfällt. Bei Justinian sind ja alle judicia „extraordinaria": §. 8 J. iv, 4, 15.

Zweifellos lassen sich genug Aehnlichkeiten zwischen dem altrömischen Königthum und dem entwickelten Kaiserthum ausfindig machen, um die Möglichkeit zu denken, daß vor Einführung der Ziviljury die Verurtheilung ebensowohl wie nach Abschaffung dieser Jury auf die Sache selbst ging. Unter dieser Annahme bezöge sich nach der ersten Lesart bei Gai. 4 §. 48 „olim" grade auf solche älteste Zeit, von welcher Gaius freilich direkt Nichts berichtet. Verurtheilung auf die Sache, als das Natürlichste, mag leicht der geschichtliche Ausgangspunkt gewesen sein, — leichter als alles Andere. Die ältesten Zeiten kannten kein Geld. Dessen

Erfindung, ſpeziell deſſen Einführung in Rom, gewährte auch für die Verurtheilung im Eigenthumsprozeſſe einen Nutzen: man hatte ein juriſtiſches Surrogat der Sache. Aber nicht dem Beklagten, dem Schuldigbefundenen, ſoll Dieß zu Gute kommen; das juramentum in litem iſt das pſychologiſche Zwangsmittel der Sachleiſtung. Doch ein Räthſel bleibt die Nothwendigkeit der Geldverurtheilung im ordo judiciorum privatorum. Verſuchen wir eine Löſung: Der öffentliche Richter hat unbedingtes Befehlsrecht, der Privatrichter nur eine Meinung (arbitrium). Dieſe Meinung richtet ſich gegen den ſchuldig befundenen Beklagten in Form einer Aufforderung, die Sache in Natur zu erſtatten. Aber unſres Gleichen brauchen wir nicht zu gehorchen. Demungeachtet gilt das Judikat als Wahrheit unter den Partheien, der Beklagte verletzt alſo durch ſeinen Ungehorſam das Recht des Klägers. Dieſer verlangt die Entſchädigung, welche nur im allgemeinen Tauſchmittel (Geld) beſtehen kann. Das Judikat konnte ungerecht ſein; daß der Beklagte dem Kläger ſein Eigenthum geben müſſe, erſchien zu hart; daß er aber für Nichtanerkennung des Judikats den Kläger zu entſchädigen gehalten iſt, Dieß fließt aus dem Streitbefeſtigungsvertrage und der dadurch begründeten Prozeßobligation, die er nun bricht. So erklärt ſich l. 35 §. 1 h. t. 6, 1: Der Richter entſcheidet für den Eigenthumskläger, — irrig, denn die Sache gehört vielmehr ſei es dem Beklagten ſei es einem Dritten. Vor der Auslieferung, die er befahl, erkennt er ſeinen Irrthum: ſo muß er gleichwohl im Nichtreſtitutionsfalle für Sache und Frucht vollverurtheilen. Er muß die Konſequenz ſeines Irrthums ziehen trotz der ſpätren beſſern Einſicht. Die Stelle betont insbeſondere die Fruchtfrage. Der Frucht geſchah in der pronunciatio deßhalb keine Erwähnung, weil ſie nur akzeſſoriſch in Frage ſtand, übrigens nicht einmal immer Klägereigenthum hierüber deklarirt werden konnte, z. B. ſie war beim gutgläubigen Beſitzer gelöſt. Die Worte „Eodem enim errore et de fructibus condemnaturum: non debere enim lucro possessoris cedere fructus quum victus sit.“ ſind vermuthlich von Julian, deſſen Gloſſator der unten folgende Maurizian iſt. „Alioquin, ut M. ait, nec rem (nedum fructus) arbitrabitur judex mihi restitui“. D. h. nähme man das Gegentheil an, ſo dürfte der Geſchworne

auch nicht anlangend die Hauptsache das Arbitrium aussprechen. Also erkennt er auch vor dem Arbitrium, nach dem Judikat, seinen Irrthum bereits zu spät. „Et quare (lies: qua ratione) habeat quod non esset habiturus possessor si statim possessionem restituisset?“ Wenn der Richter das Eigenthum des Agerius deklarirt, so läugnet er — Identität des Objekts vorausgesetzt — Eigenthum des Aegidius: l. 40 §. 2 proc. 3, 3. Das Judikat hat formelle Wahrheit, in ihm erfüllt sich die prozessualische Konsumption: vgl. l. 16 §. 5 pign. 20, 1. Die Verurtheilung dagegen verhält sich zum Ungehorsam, wie das Arbitrium zum Judikatum. Freisprechung wegen Gehorsams also tilgt die bereits erfolgte proz. Konsumption nicht wieder aus.

Möglich, daß der Beklagte die Sache längst nicht mehr besitzt, daß er sie zerstört hat: Geld kann immer geleistet werden. Es ist für den siegreichen Kläger besser, daß der Beklagte mit Person und ganzem Vermögen sein Schuldner werde, als daß der Anspruch auf die Einzelsache sich beschränke deren Vorfindlichkeit prekär ist. Den Schuldner konnte man mit Privathaft und den schrecklich drohenden Folgen mürbe machen. Doch auch den Sachnicht nur den Geldschuldner?

Eine Art von manus injectio enthielt das Zwölftafelgesetz, nach Fest. v. struere „si calvitur pedemve struit.“ Nach Liv. 3 c. 57 konnte der Beklagte, welcher die Einlassung weigerte, „pro damnato“ vom Kläger heimgeführt und gefesselt werden. Doch ist es ungewiß, ob diese m. i. eine Legisaktion war, und ist es geradezu unwahrscheinlich, daß dieser Beklagte „für verurtheilt unter die Klage“ galt. Die Klage enthielt ja nicht nothwendig eine bestimmte Geldsumme. Wer die Einlassung weigert, ist um seiner Kontumaz willen einzusperren u. s. w.; in diesem Resultat gleicht er einem Verurtheilten. Das prätorische Edikt erst substituirte eine Geldstrafe. Die m. i., vollzogen am weigernden in jus vocatus, war also Privatarrestation, nicht Eröffnung eines (executivisch) gerichtlichen Verfahrens. Vgl. Porphyrio ad Hor. sat. 1, 9 V. 65: Si in jus vocat, ni it, antestator; igitur e(u)m capito. Zeugen ruft der Kläger auf theils zur Beurkundung des Sträubens des Gerufenen, also der Gesetzlichkeit der Verhaftung; theils zur Hülfe. Freilich, statt mitzugehen, konnte der Gerufene einen

vindex ſtellen: Gai. 4 §. 46 — d. i. der neuere fidejussor judicio sistendi causa datus —, und derſelbe Titel (vindex) findet ſich für den ſtatt des Verurtheilten Eintretenden — d. i. der neuere fidejussor judicati solvendi c. d. Dieß genügt jedoch um ſo weniger dazu, Gleichheit der am zu Beklagenden und der am Verurtheilten ſtatthaften Handanlegungen zu behaupten, als in beiden Fällen, trotz aller Verſchiedenheit, in der That vis (ſtatt jus) dicitur facta esse, d. h. der Vindex dort die Nichtexiſtenz des Klagrechts, hier aber die Nichtexiſtenz der Verurtheilung behauptet, — Vorausſetzungen, deren Wahrheit die reſpektive Thathandlung des Klägers zu einer unrechtfertigen ſtempelt.

Die exekutiviſche m. i. ſetzte pecuniam certam voraus: Gell. 20, 1: Aeris tam confessi quam eius, quod ex rebus judicatis debetur, triginta dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto. Während dauernder Privathaft wurde der Arreſtat hier dreimal auf den Markt geführet, und, damit vielleicht Jemand ſich erweichen laſſe ihn auszulöſen, laut der Betrag der Verurtheilungsgeldſumme ausgerufen. Dieß folgt aus der Nothwendigkeit der Geldverurtheilung. Da nun dieſe m. i. ſelbſt Legisaktion war, ſo muß ſchon zur Zeit des L. AA. Prozeſſes dieſe Nothwendigkeit exiſtirt haben, und gewinnt hierdurch die Vermuthung an Konſiſtenz, daß „olim“ bei Gai. 4 §. 48 nach der erſteren Lesart wirklich nur auf die dem ordo jud. priv. ältre Zeit gehe.

Und ſetzen wir nun, der Beklagte habe die Sache zerſtört u. dgl., ſo mußte, ſo lange auf die Sache ſelbſt verurtheilt ward, ein neuer Prozeß nachfolgen. Alſo enthält die direkte Geldverurtheilung des ſpätren Rechts eine Abkürzung, unter welcher der Kläger zudem materiell Nichts einbüßt. Und auch hinſichtlich der Früchte war vor Alters Geldverurtheilung unentbehrlich. Denn zwiſchen Befeſtigung und Ende des Streites verdarb Vieles; der Beklagte verzehrte lieber. Ferner konnte er den Bezug verſäumt haben. Die Tafeln ordneten dafür ein eignes Nachverfahren (arbitrium): Fest. v. vindiciae, vgl. Paul. R. S. 1, 13 B. §. 8: Duplione damnum decidito. Bei Juſtinian tritt in die Stelle des Doppelten das Intereſſe. Der alte Judex blieb, der Kläger ſchätzte eidlich. Der Abgang des duplum muß mit dem Abgang der sacramenti legis actio zuſammengehangen haben, denn die Tafeln knüpf-

ten den Verfall des duplum an die Bedingung „si vindiciam falsam tulit“, und hiervon konnte bei formlosem Verfahren in jure keine Rede mehr sein. Es ist durch Plaut. Rud. proleg. V. 13 ff. nahezu gewiß, daß „falsam“, enger als „injustam“, bösen Glauben voraussetzte: Mayer p. 72. Daraus folgt, daß der Kläger schon damals regelmäßig einen Anspruch auf Gesammtverurtheilung — für Sache nebst Früchten — hatte, daß er aber, im Falle bösen Glaubens des Andern, den Anspruch in obiger Weise theilen durfte: Fest. cit. l. vv. „si velit“, und daß (nur) dann ein getrenntes Nachverfahren vor besondren Arbitri stattfand.

Ein prätorisches Edikt, älter wie Labeo, also mindestens so alt wie der ausgebildete Formularprozeß, verhilft der Geldverurtheilung des Privatrichters zu mehr als obligatorischer Kraft, bestätigt abstrakt und öffentlich die konkreten und privaten Verurtheilungen: l. 4 §. 3 re jud. 42, 1. Eine nochmalige Klage soll vermieden werden. Nach der Geldverurtheilung bleibt kein Bestreiten mehr, es bleibt nur noch ein Zahlen übrig. Die Fassung des Edikts zeigt, daß es damals nur Geldverurtheilungen gab, also auch aus Eigenthumsklagen. Die daselbst erwähnten „Obligationen“ sind die prozessualischen, wie sie auch im Eigenthumsprozesse erwachsen. Wir schließen hieraus für dieses Zeitalter: Ist der Beklagte einmal verurtheilt, so kann er nun dem Kläger wider dessen Willen nicht mehr die körperliche Sache in Zahlung geben wollen; Dies wäre höchstens ein satisfacere, kein solvere. Jedoch sind Ausnahmen vorbehalten. Bis zur Verurtheilung genügt satisfacere; hernach tritt Entschädigung für geweigerte Genugthuung ein, in Geld und direkt exekutivisch zahlbar, ein Privatkrieg, gerecht für den Kläger, ungerecht seitens des Beklagten.

Nun besteht aber zu Labeo's Zeit und vorher das Gericht der Hundertmänner mit Legisaktio. Da also diese Zeit nur Geldverurtheilungen kennt, so kann anlangend die Ausschließlichkeit dieser Verurtheilungsart zwischen Formular- und L. AA.-Prozeß keine Verschiedenheit obgewaltet haben, und ist also „olim“ bei Gaius abermals von einer ältern Zeit zu verstehen.

Aller aus der Sache selbst — nicht: aus Geschäften mit der Sache: O. A. G. Rostock bei Seuffert 7 Nr. 284 — gelöste Gewinn[1]) gebührt dem siegreichen Kläger. Zunächst muß auch jener Gewinn — wie die Sache — zur Endurtheilszeit beim Unterliegenden vorfindlich sein: vgl. l. 36 §. 4 h. p. 5, 3. Ferner verschlägt es Nichts, ob er erst nach der Streitbefestigung erfolgte. Denn der richterliche Endentscheid ist wahr schon für die Litis Kontestationszeit; hätte damals der Beklagte, statt ohne Recht zu bestreiten, herausgegeben, so hätte der Kläger den Gewinn selbst gezogen; objektives Unrecht darf uns nicht bereichern auf Kosten des nichtsäumigen Berechtigten. Für den Fall des cap. 3 sent. in 6to 2, 14 kann die Rückziehung nur bis auf den Zeitpunkt der Umwandlung der Klage zurück erfolgen.

Ging die Sache durch Schuld des Dritterwerbers zu Grunde, dann erachtet das Recht die Erstattung auch des Geschäftsgewinnes für billig, den der Beklagte während des Prozesses zog: l. 17 pr. h. t. 6, 1. Vgl. Witte Bereicherungsklagen (1859) S. 325 ... 33. Der Gewinn ist realisirt durch Geschäftsabschluß; ist er noch nicht eingetrieben, so genügt Zession des Forderungsrechts. Der Anspruch hat subsidiäre Natur. Abgesehen von Zuwiderhandlung gegen das Verbot, rechtsstrittige Sachen zu veräußern, hat der Beklagte keinerlei Verschuldung begangen; den Untergang bewirkte er nicht direkt; ausliefern kann er die Sache nicht, weil Niemand Dieß kann, also kann er, selbst auf Grund von ficta possessio, nicht entschädigungspflichtig werden. Es erübrigt die Preiserstattung. Auch sie ist singulär. Denn trotz mangelnden Willens, fremde Geschäfte zu führen, wird ratihabirt. Der Billigkeitsgrund ist folgender: Den Kläger verletzte die Veräußerung in ihren Folgen; sie verletzte ihn nur durch das Zeit-

1) Es ist, bei der obwaltenden Streitfrage, räthlich, die Klagbitte auf die Sache „mit allen Nebenleistungen" zu richten. Kein Richter darf über das Maaß der Klagbitte hinausgehen, also muß das Verurtheilungsgesuch der omnis causa gedenken. Nur insofern omnis causa erst als Prozeßfolge erwächst, hat der Richter dieselbe von Amtswegen zu berücksichtigen: vgl. l. 25 §. 8 aed. ed. 21, 1, denn die Klage ist auf Zukünftiges nie zu richten. Insoweit also das Endurtheil hierüber schweigt, erkennt es ab — Rechtsmittel vorbehalten. Vgl. Schmid S. 314 ... 7.

raubende eines Prozesses, also ohne seine Schuld; andrerseits erstrebte der Beklagte, falls er nicht Eigenthümer war, einen Gewinn, welcher ihm zwar an sich gebührt da die Spekulation seine Thätigkeit war, welcher aber gleichwohl während des Eigenthumsrechtsstreites nicht so hätte erstrebt werden dürfen daß die Sache ungewissen Schicksalen preisgegeben wurde. Treffen diese Schicksale die Sache verderblich, so ist das Benehmen des Beklagten nur dann vorwurfsfrei, falls er den Erlös erstattet; hierzu zwingt ihn das Recht. Selbst das entschuldbar vermeintliche Eigenthum mußte dem Beklagten mit Rücksicht auf die erhobene Eigenthumsklage bedenklich erscheinen; wer glaubt, nicht irren zu können, ist ein Thor. Da er auf alle Fälle veräußerte, so behandelt ihn das Recht milde, indem es annimmt, er habe, falls Kläger Eigenthümer sei, dessen Geschäfte führen wollen. Ist die Sache unversehrt, so bedarf der Kläger dieser Singularität nicht, also tritt sie nicht ein; die Veräußerung ist unschädlich, da das Exekutionsmandat auf die Sache geht mag sie gleich bei solchen Dritterwerbern vorliegen. S. Theil 1 S. 94.

Veräußerungen vor der L. K. fallen nicht unter die Singularität; da keine Prozeßverpflichtung bestand, durften sie unbedenklich geschehen. Doch giebt neuerdings wieder Pellat S. 180, falls der Dritte ersaß oder sonstwie das Klägereigenthum unterging, utilem negotiorum gest. actionem, mit Berufung auf l. 49 n. g. 3, 5:

A verkauft seinen Sklaven B dem C. B stahl dem A Sachen. Diese verkauft C. Sie gehen unter. A klagt aus geführtem Geschäft auf den Preis. — A als glaubhafter Erbe tilgt Vermächtnisse mittelst seiner eignen, vermachten, Sachen. Der wahre Erbe ist der Gegenklage aus geführtem Geschäft blosgestellt, insofern er selbst hätte zahlen müssen.

In beiden Fällen fehlt allerdings der Wille, fremdes Geschäft zu führen.

Am Stärksten scheint c. 3 h. t. 3, 32:

Deine Mutter oder Dein Mann konnten, ohne Dein Wollen und Wissen veräußernd, Dein Eigenthum nicht übertragen. Hast Du aber das Geschehene genehmigt, oder sonst Dein Eigenthum in der Folge verloren: so bist Du zwar gegen den Käufer schutz-

los; gegen den Verkäufer jedoch magst Du um des Preises willen die Klage wegen geführten Geschäfts erheben.

Die Mutter, gar der Ehemann mit seinem bekannten mandatum praesumptum, werden sich nicht als praedones bekennen. Noch weniger ist gesagt, daß sie sich irrig für Selbsteigenthümer erachteten. Es kann also der Verkäufer hier den animus aliena neg. gerendi wohl gehabt haben, während l. 49 cit. gradezu sagt, die Klage sei dem A zu verwilligen, wie sie verwilligt werden müßte, falls Du mein Geschäft führtest in dem Irrthume, es sei das Deinige.

C führte sein eignes Geschäft, indem er das gestohlne Gut verkaufte. Man kann fremdes Eigen verkaufen. Ging die Sache nicht unter, so stand negotiorum gestio gar nicht in Rede. In was für Fällen findet nun der in l. 49 erwähnte und gemeinte Irrthum statt? Die Stelle giebt einen Fall: B hält sich irrig für den Erben des C, A ist der Erbe. Hieraus schließen wir: so oft der Irrthum eine persönliche Qualität betrifft. Z. B. B hält sich für den Gesellschafter des C, A ist des C Gesellschafter. B erwirbt „für die Gesellschaft"; dem C wird ohne Besonderheit erworben, der andre Theil fällt durch Genehmigung des A in das Gesellschaftsvermögen. Hieraus erledige man auch den Fall, wenn C keinen Gesellschafter hat, gleichsam sein eigner Gesellschafter ist.

Im Diebstahlsfalle der l. 49: C, dem kein Pekul mitverkauft war, kann glauben, er solle die Sachen für den A verkaufen. Aber dann relevirt der Untergang dieser Sachen nicht. Also: C weiß nicht, daß B die Sachen mitbrachte; er glaubt vielleicht, dieser habe sie ihm erst erworben. Diebstahl setzt in Verzug. Ein Herr stand für die Schulden seines Sklaven ein zum Belauf seines daraus geschöpften Vortheils. Wäre die Sache unversehrt, so vindizirt A vom Besitzer der auf C seinen Rückgriff nimmt. Also erst der Untergang bereichert den C. Der Diebstahl muß als nach dem Verkaufe des B geschehen gedacht werden; arg. vv. „servus venditus" d. i. post perfectam venditionem.

Nicht jede in rem versio ist negotiorum gestio. Bestahl B den A und brachte das Gestohlene dem C: so liegt bisher kein Geschäft (neg. gestum) vor; wohl im Verkaufe seitens des C. Die Klage wurzelt in der in rem versio, man durfte sie, da jener

Verkauf ein Geschäft ist, da der Sachuntergang den Entwährungsrückgriff abschneidet, dafür den C bereichert aus dem Delikt seines Sklaven, eine a. neg. gest. de in rem verso nennen.

Wir sehen, daß die Stelle nicht etwa auf eine Regel wie folgende zielt: „Aller Handelsgewinn aus später untergegangenen Waaren Dritter ist diesen zu ersetzen." Vielmehr liegt der l. 49 cit. eine Deliktsobligation unter. Hätte C die Sache, so wäre er der condictio furtiva de in rem verso ausgesetzt; wie er sie verhandelte, so tritt zwischen die Deliktsbasis und die Version (Preiserlös) das geführte Geschäft als Bindeglied; wäre sie aber nicht untergegangen, so mangelten zwei Versionselemente: Klägers Schaden, des Beklagten Gewinn.

Seit L. K. sind alle actiones ex re venientes zu erstatten, wenn gleich die Hauptsache unterging. Dasselbe gilt von „omnis causa" überhaupt; hierin ist Zuwachs und Frucht mitenthalten.

Wir möchten wünschen, daß die Bestimmung (S. Sp. 2, 46 §§ 1 ... 3) entgegen dem röm. Recht allgemein praktisch würde, wonach der auf fremdem Boden gutgläubig und unverklagt zu Ende Säende gegen Baarzahlung des üblichen Landmiethzinses das Eigenthum der Frucht erwerben soll.

Der besiegte Beklagte ersetzt alle Früchte, welche seit der L. K. zu ziehen waren: c. 2 fruct. 7, 51. Von Früchten ist hier in weiter, bürgerlicher Bedeutung die Rede: l. 19 pr. usur. 22, 1, Papinian l. 64 h. t. 6, 1. Das Interesse am Besitz während des Prozesses ist auch Fruchtentziehung: arg. l. 19 cit. § 1: z. B. dieses Grundstück bietet dem Kläger den nächsten Weg zu einem andern welches er besitzt: doch trifft Dieß nicht die beklagtischen, sondern die klägerischen percipiendi fructus, von welchen hernach besonders zu handeln ist. Hier aber ist zunächst bedeutend des Labeo und Javolenus l. 49 ib. 22, 1: Z. B. der Beklagte bekam auf das Gut Geld geliehen zu 4 Prozent, ohne Hypothek hätte er zuverlässig 5 zahlen müssen: der fünfte Prozent ist fructus ex re perceptus. Allegirt der Kläger, er selbst hätte durch Verpfändung gewinnen oder Schaden vermeiden können, so sind Dieß wiederum klägerische percipiendi. Konnte der Beklagte mittelst Verpfändung einen sichern Gewinn machen, schlug ihn aber aus: Dieß bleiben beklagtische percipiendi.

Auf bösgläubige Verklagte beschränkt das preuß. L. R. 1, 7 § 229 die Vergütungspflicht derjenigen Früchte, welche der rechtmäßige Eigenthümer wirthschaftlich hätte genießen können. Savigny VI. S. 267 a. E. findet dazu keinen guten innern Grund. Legt man aber die l. 62 §. 1 h. t. 6, 1 richtig aus (Bangerow §. 333 Anm. Nr. II. 1 c a. E. S. 746), so stimmt hier das preußische mit dem römischen Recht sogar überein.

Jedenfalls gilt der Satz der c. 2 s. c., mag der Beklagte gut- oder bösgläubig die Hauptsache besessen, mag er die Früchte gezogen oder dieselben zu ziehen versäumt haben. „Versäumte" Früchte substituirt Savigny VI §. 265 S. 104 für „percipiendi", weil letztrer Ausdruck auch wirkliche, noch unreife, noch nicht abgesonderte Frucht sprachlich umfassen muß. Wenn nun dennoch z. B. Bangerow §. 333 Anm. Nr. II. fortdauernd dieses Ausdrucks sich bedient, so begränze man ihn als „Frucht, welche hätte gezogen werden müssen."

Der Entscheidungsgrund der c. 2 ist die Prozeßobligation. Diese bewirkt nämlich u. A. eine Haft für Sorgfalt, welche für die Frucht Haft für Pflege und Gedeihen (cura et cultura) bedeutet.

Der bösgläubige Besitzer ersetzt im Unterliegungsfalle auch noch den Fruchtmehrbetrag, welchen der Kläger ziehen konnte falls der Beklagte — statt das Recht des Ersteren in Abrede zu ziehen — die Sache ausgeliefert hätte:

Papinian l. 62 §. 1 cit. (Julian). „Fruiturus" ist hier richtige Lesart. Denn es kommt überhaupt nicht darauf an, ob der Beklagte Früchte zog („fruitus" der Vulgata), sondern ob er in der Lage ist, Früchte gezogen haben zu können, ob er Früchte gezogen haben würde ohne eigene Säumniß, u. dgl. Der Gegensatz der Stelle ruht in „possessor ... petitor." „Fruiturus sit" ist dadurch kürzere Darstellung des nachfolgenden „frui potuerit"; das Letztre ist deutlicher gegeben, weil gerade diese Früchte im Falle der Stelle zu ersetzen sind. Der Unterschied bleibt: der Beklagte konnte ziehen weil er besaß, der Kläger würde haben ziehen können hätte man ihm die Sache nicht verweigert. Insoweit nun die persönlichen Ziehungsmittel der Beiden ungleiche waren, ergiebt sich ein verschiednes Maaß der „ziehbaren" Früchte. Nur kann

der Beklagte für sich hieraus Nichts ableiten, falls etwa des Klägers Mittel die geringeren waren; auch ohne bösen Glauben muß er ja seine percipiendi jedenfalls ersetzen; um seines bösen Glaubens willen kann er nicht besser daran sein als ein gutgläubiger Besitzer. Daß übrigens jener weitre Ersatz seit der L. K. zu verstehen sei, lehrt das Prinzipium „Si ... petatur", an welches unsre Stelle unmittelbar verallgemeinernd sich anschließt, lehren ferner die Worte unsres Paragrafen „petitor ... si ei possidere licuisset" da die Feststellung des Besitzes die Vindikationspartheienrollen regelt. Siehe auch §. 2 I. off. jud. 4, 17, wo der Satz „Si vero rell." bedeutet, daß die vom gutgläubigen Besitzer vor der L. K. gezogenen und verzehrten Früchte nicht in Ansatz kommen.

Das ältre Recht kannte einen doppelten Fruchtersatz: Paul. R. S. 1, 13 B §. 8: Possessor ... qui ... fructus capere vel possidere neglexit rell. Dieß zählte seit der L. K. und bedeutete ein erzwingbares dann zu leistendes Versprechen: Paul. 5, 9 §. 2. Noch 369 p. Chr. verfügten Valentinian und Valens: Der bösgläubige, und seit L. K. auch der gutgläubige, Besitzer, hat das Doppelte der wirklichen und der versäumten Frucht zu leisten: c. 1 Th. fruct. et lit. expens. 4, 18. Die c. 2 Iust. ib. 7, 51 merzt aber das duplum aus. Anerkannt ist es in der lex Romana Burgundionum tit. 8 v. 17 ... 23: De his vero, quibus sine tumultu solum occupatae aut pervasae rei actio intenditur, si quis convictus fuerit rem indebite tenuisse, post conventionem duplos fructus cum rei ipsius restitutione dissolvat. Si vero simpliciter rem possidet, usque ad conventionis tempus simplos dissolvat, postea duplos, ut dictum est, inferat repetenti. Vgl. Tit. 35 (de venditione) vv. 11 ... 13: Fructus enim m. f. possessor post conv. duplos, ante conv. simplos ex lege praestabit, secundum legem Theodosiani vel sententiam Pauli.

Nur das Simplum der gezogenen Frucht ersetzt, wer die Klage zugiebt; besaß er jedoch bösgläubig, dann hat er die versäumte Frucht mit zu vergüten; besaß er sogar deliktsmäßig, so hat er überdieß die Differenz der klägerischen und seiner eigenen percipiendi zu erstatten: Gordian, 239 n. Chr., c. 5 h. t. 3, 32 (domus injuriā occupatā). Demnach ist der deliktsmäßige Besitzer von Anfang in der nämlichen Lage, in welche

der einfach bösgläubige erst durch die L. K. geräth. Das Gleiche bewirkt des Besitzers Eintritt in Verzug: l. 39 §. 1 leg. 1 (rei legatae petitio). Daher grade richtet sich das Maaß der Zinsen als bürgerlicher Früchte nach dem mos regionis, aus dem Gesichtspunkte des Ersatzes des klägerischen Schadens nach dessen muthmaaßlicher oder annehmlicher Höhe. Daher erstreckt sich auch die Haft für Zufall, über die Sache hinaus, auf Zuwachs und Früchte. Auch im interdictum de vi finden wir den Ersatz der klägerischen percipiendi durchgeführt: Diokletian c. 4 u. v. 8, 4.

Jeder bösgläubige Besitzer haftet seit Besitzesanfang, nach kanonischem Recht seit Eintritt des bösen Glaubens der bei den Römern die Ursprünglichkeit des gutgläubigen Besitzes nicht umwandelte, dem Kläger für Fruchtziehungsversäumniß: l. 25 §. 4 vgl. §. 9 h. p. 5, 3. Kann man nämlich den Maaßstab eines Delinquenten nicht anlegen, so erübrigt der eines Fürsorgers: Paul. R. S. 1, 13 B §. 9. Also steht der einfach bösgläubige Besitzer von Anfang in der Position, welche der gutgläubige seit der L. K. einnimmt. Hatte aber der eine oder der andre Besitzer z. B. eines Hauses Gelegenheit, dasselbe zu unlautern Zwecken, etwa als Bordell oder Spielhölle, zu vermiethen, und so höhern Zins zu erzielen: so durfte er aus sittlichem Gefühl dieß Erbieten ausschlagen: arg. derselbe Paulus in l. 33 h. t. 6, 1. Ja, nahm er an, so darf der Richter die Differenz dem Kläger gewiß nicht zubilligen, bei welcher ein Opfer an persönlicher Ehre, und also eine Privatspekulation, Erwerbsmedium war. Freilich ersetzt der Erbschaftsbeklagte auch solchen Gewinn, aber die Erbschaftsklage unterscheidet sich bekanntlich grade darin auch von der Eigenthumsklage, daß aller Spekulationsgewinn aus Erbschaftsstücken erbschaftlich wird: l. 52 h. p. 5, 3.

Grade über Vermiethung als Bordell dachten die Römer anders; sie hielten das für anständig; uns natürlich kann das nicht binden. Die Beweisstelle — l. 27 §. 1 h. p. 5, 3 — ist durch ihre Motivirung ein klares Zeugniß unsrer Hauptthese selbst.

Denken wir uns ferner ein Haus, welches, aus Stolz oder andren Gefühlen des Eigenthümers, zum Vermiethen nie bestimmt war. Unterließ der bösgläubige Besitzer, ohne solche Gefühle zu theilen, die Vermiethung gleichfalls, so haftet er nicht:

arg. l. 62 pr. h. t. 6, 1 vv. „quae locari solent.“ Vermiethete er, ſo muß er zahlen, denn „inhoneſt“ war der Gewinn nicht. Die Nichthaft findet um ſo mehr dann ſtatt, wenn die Ziehung der Frucht den Beſitzer mit einem Riſiko belaſtet haben würde. Z. B. A beſitzt bösgläubig eine fremde Erbſchaft, in welcher neben Andrem auch irreguläre Depoſitenkapitalien liegen; er rührt das Geld nicht an, bei deſſen Ausleihen er die Gefahr einer ſpätren Inſolvenz des Empfängers laufen würde: ſo zahlt er dem Deponenten keine Zinſen: arg. l. 62 pr. cit., wo „heres“ den Putativerben nach L. K., den pro possessore possidens von Anfang, mitumfaßt; dem Letztren müßte man, entſchiede man anders, zumuthen, er ſolle ein Furtum begehen! So beweiſt denn auch die l. 20 §. 14 h. p. 5, 3 unſre Theſe für jeden Erbſchaftsbeſitzer („hereditatis possessor“). Aehnlich enthält ein Vermächtniß „Quae ibi mobilia mea erunt“ keineswegs ſolches Geld, welches zum Ausleihen dort hinterlegt iſt; wohl ſolches, welches dort nur aufbewahrt gehalten wurde: l. 79 §. 1 leg. 3. — Hat alſo der Beſitzer das Riſiko des Ausleihens gewagt, dann erſetzt er keine Zinſen: arg. l. 62 pr. cit. Der Gewinn iſt Spekulationsgewinn. Cuius periculum, eius etiam commodum: vgl. l. 67 §. 1 pro socio 17, 2 l. 10 §. 8 mand. 17, 1. Kapitaliſirt der Beſitzer die Frucht: ſo iſt auch Dieſes Spekulation. Vgl. die Unzuläſſigkeit von Zinſeszinſen und l. 19 pr. i. A. usur. 22, 1: Neque ususfructus rursus fructus eleganter computabitur.

Der nicht bösgläubige Beſitzer erſetzt nach c. 1 Th. fruct. 4, 18 supra cit. die verſäumte Frucht, „ſeitdem er, nach der L. K., scientiam malae possessionis accepit.“ Dieß ſoll, in dem rezipirten Sinne, heißen: Die L. K. bewirkt ſeine Gleichſtellung mit dem bösgläubigen Beſitzer. Vgl. l. 25 §. 7 h. p. 5, 3: „Nach der L. K. beginnt ein Jeder bösgläubiger Beſitzer zu ſein.“

Außer der ſeit L. K. ſeinerſeits gezognen und verſäumten Frucht erſetzt der anfangs gutgläubige Beſitzer die vorher gezogne, zur Zeit der L. K. bei ihm vorhandne, d. h. weder veräußerte noch verzehrte, Frucht.

Dagegen iſt es beſondres, aus „pretium succedit in locum rei“ fließendes, Recht der Erbſchaftsklage, daß der Beklagte ſelbſt im Veräußerungsfalle den Preis u. dgl., überhaupt die bei ihm jetzt vorhandne Bereicherung erſtattet: c. 1 §. 1 p. h. 3, 31.

Der Faustpfandgläubiger rechnet gezogne und versäumte Frucht zunächst gegen rückständige, dann gegen jetzt fällige Zinsen (c. 2 partu pign. 8, 25), endlich gegen das Kapital auf: c. 3 pign. a. 4, 24.

Der alte Doppelersatz der Frucht beruhte in einem Tafelsatz (bei Festus v. vindiciae). Das Interesse war somit rund fixirt; vgl. die Tafelklage de tigno juncto; auch das t. j. wurde nur benutzt für das Haus so lange dieses stand; der bösgläubige jungens erwarb den Balken nicht, Dieß zeigte sich nach dem Einsturz. — Vorausgesetzt war ein bösgläubiger Besitzer; dieser behauptete gleichwohl gegen Bürgschaft für Sache und Frucht den Besitz für die Dauer des Prozesses: Gai. 4 §. 16. Frucht war aber der gesammte Nutzungswerth. Diesen Werth, den der Besitz für ihn hatte, mußte der Unterliegende doppelt erstatten. Die arbitri schätzten das simplum, das alterum tantum ist Strafe frivoler L. K. Die Deliktsmäßigkeit des Abläugnens des klägerischen Rechts wider besseres Wissen tritt hervor. Die klassische Zeit, wenn wir keine Interpolation unterdenken, scheint indeß bereits die Schätzung der klägerischen percipiendi jener rohern und abstrakten Regel vorgezogen zu haben; Paulus freilich hat das Duplum durchweg; Valentinian I, Kaiser des Westens, erster Urheber der angegebenen Konstitution, folgt dem in dieser Reichshälfte mächtigsten Einflusse des Paulus und stellt das duplum offiziell — denn die Konstitution ist kein Reskript — wieder her; sein Bruder Valens verdankte seiner Güte den östlichen Thron. Justinian hingegen restaurirt das allein billige Recht; dem Kläger ist der ganze Schaden, sollte er auch das duplum übersteigen, doch nur der Schaden, sollte er auch das duplum nicht erreichen, zu ersetzen.

Die bis zur Kriegsbefestigung (c. 22 h. t. 3, 32) verzehrte und veräußerte Frucht differirt in der Ersatzpflicht zwischen bös- und gutgläubigem Besitzer: §. 35 J. r. d. 2, 1.

Zufälligen Ausfall an Frucht, welcher in der Sache selbst lag, trägt der Kläger: L. 79 h. t. 6, 1: Labeo 6. pithanon: A vindizirt von B einen Sklaven C. C stirbt nach der L. K. Man darf und muß den Arbeitswerth (Frucht) schätzen nur bis zum Tode. Paulus als Epitomator fügt bei: War er vorher krank

bis zur Arbeitsunfähigkeit, so kommt diese Zeit mit in Abzug. Natürlich wird hier nicht eine Verschuldung des B an Krankheit und Tod des C untergedacht.

Ungelöste Frucht wird in der Sache selbst erstattet: l. 44 h. t. 6, 1 (Gaius zum Provinzialedikt). Hatte selbst der gutgläubige Besitzer angebaut und besäet aus eignen Mitteln: so mag er seine Kostengegenrechnung einreichen, die mit dem Boden verwachsne Frucht jedoch kann er, in Folge Klägersieges zur Restitution des Grundstücks aufgefordert, nicht ärndten oder sonst wegnehmen: l. 53 ib. Dieß verhält sich entgegengesetzt mit Gebäulichkeiten, und es zeigt sich hier, daß die letztren denn doch keine organische Einheit mit dem Boden ausmachen: l. 38 ib. und Stephanus daselbst; doch ist auch hier das jus tollendi das subsidiärste Recht, die ultima ratio, worüber das Nähere unten zu folgen hat. — Denn Gebäude sind nicht consita (von conserere). Sie gedeihen nicht durch Nährkraft des Bodens, sie sind gar nicht Frucht, und fallen also nicht unter den Satz „Omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur". Sie sind Pertinenzen, wegnehmbar ohne Verletzung der Integrität des Bodens. Da nun endlich das jus tollendi, falls Kläger den Verwendungswerth darbietet, wegfällt, so ist das Resultat ein beiderseits billiges.

Ueberall, wo dem Beklagten der Untergang der Sache zuzurechnen ist — also bei deliktsmäßigem Besitz, Verzug, bösgläubigem Besitz nach der L. K., Dolus oder Kulpa —, ersetzt der Beklagte auch alle Frucht, welche ohne Dieß von da bis zum Endurtheil gezogen werden mußte: l. 33 h. t. 6, 1. Hier ist zu lesen „dolo aut culpa". Einen ganz andern Sinn ergiebt die Einschiebung von „sine" vor „dolo": Cujaz, Pothier, dagegen unter Andren die Basiliken, Faber, Glück, Pellat.

Umgekehrt, ging erst im Laufe des Prozesses das Nießbrauchsrecht des Beklagten unter, so kann der Eigenthumskläger den Fruchtersatz erst seit diesem Zeitpunkt, nicht seit dem vorangehenden der Kriegsbefestigung, geltend machen: l. 33 cit. Hier ergänze zu „inter moras" „litis". „Mora" als „culpa" zu nehmen, widerräth der Plural; auch wird Dieß stets Gegner finden, da keineswegs Mora eine Kulpa nothwendig in sich schließt, die Redeweise folglich nicht nur undeutlich, sondern selbst ungenau wäre.

Im entgegengesetzten Falle — wenn nämlich das Nießbrauchsrecht (z. B. durch klägerische Bestellung) erst im Laufe des Prozesses entstand, so beschließt dieser Zeitpunkt die Fruchtersatzperiode: l. 35 pr. ib.

Im Ganzen soll der unterliegende Beklagte Nichts behalten, was er nicht haben würde falls er, statt zu bestreiten, sofort herausgegeben hätte: §. 1 i. f. ib.

Wer wissend die rechtsstrittige Sache erwirbt, ist für Sache und Frucht in der Lage des bösgläubigen Besitzers, sollte er gleich an das Eigenthum seines Vormannes jetzt glauben. Arg. c. 2 p. h. 3, 31: subsidiäre utilis hereditatis petitio gegen den Erbschaftskäufer: l. 13. §. 4 ib. 5, 3; die directa zu geben, hinderte der mangelnde Universaltitel: §. 8 ib.

Der bösgläubige Besitzer der Sache wird über die Frucht nicht Eigenthümer, sondern wieder nur bösgläubiger Besitzer. Daraus fließt für Erbschaftsklagen, gemäß deren besondern Grundsätzen, daß Jener Frucht sogar von Frucht leisten muß, während der gutgläubige lediglich vorhandnen Gewinn ersetzt: l. 40 §. 1 ib. Bei Spezialvindikationen dagegen relevirt Frucht von Frucht nur falls die Frucht, nicht die Hauptsache, vindizirt war.

Die Früchte, welche der Kläger bereits genießen konnte, kommen in Abzug; z. B. er saß im Nießbrauch, oder der Beklagte hatte ihm Etwas freiwillig zufließen lassen: vgl. l. 44 ib.. Auch diese Berechnung liegt im Richteramt und setzt nicht eine der L. K. vorgängige Berufung des Beklagten voraus: arg. 58 ib., vgl. den Aufwand: arg. 38 ib. Die hier in Parallele genommene Erbrechtsklage ist bei alledem erst seit 530 n. Chr. durchweg bonae fidei judicium: c. 12 §. 3 ib. 3, 31; über den Gegensatz von „per exceptionem“ und „officio judicis“ siehe auch l. 11 n. a. 9, 4. Wie weit aber im Eigenthumsprozesse das Richteramt ging, zeigt besonders die l. 38 h. t. 6, 1: Bonus judex varie ex personis causisque constituet rell..

Zum Beschlusse der Fruchtdarstellung ist hinzuweisen auf die seit Alters mißverstandne l. 78 ib.: Labeo 4. pith. a Paulo epit.:

Si eius fundi, quem alienum possideres, fructum non coëgisti, nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet.

Doch haften bösgläubige Beſitzer für verſäumte Frucht. Freilich braucht „alienum“ nicht böſen Glauben zu bedeuten. Dennoch ſchaltet der Scholiaſt Stephanus „ἀλόγως“ ein, deſſen nächſtliegende Bedeutung die ſein würde, daß Jener ohne Grund, d. h. ohne Titel, „temere“, beſaß. Temere iſt dem juſt. Recht, wie die Inſtitutionen zeigen, mindeſtens Verneinung gutgläubigen titulirten Beſitzes ſo zwar, daß der etwa vorhandene Glaube an das Eigenthum des Vormannes reſp. an die Herrenloſigkeit der Sache unentſchuldbar wäre. Man kann indeß die Scholie „Εἰ ἀλλότριον ἀλόγως κατεῖχεν ἀγρόν“ auch parafraſiren mit „Si alienum fundum sine animo domini tenebat“. So darf die Pandektenſtelle verſtanden werden, zweifelhafter aber iſt, ob Dieß der Sinn der Scholie ſei, denn die ſo zu löſende Schwierigkeit des „te dare oportet“ ſcheint der Scholiaſt gar nicht zu fühlen, indem er „dare“ für „condemnari“ und das Ganze gleich „restituere debes“ verſteht. — Paulus bemerkt: „Immo quaeritur, huius fructus ideirco factus est quod is eum suo nomine perceperit.“ „Is“: „ὁ καλῇ πίστει νομεύς“. Alſo ein unentſchuldbar gutgläubiger Beſitzer. Aber „κακῇ“ ſchreibt das von Zachariä entdeckte byzantiniſche Palimpſeſt. Dafür ſpricht „dare oportet“. Dieſe Worte nämlich können nur eine Schuldklage bezeichnen, eine ſolche giebt es lediglich gegen den bösgläubigen Beſitzer. Z. B. Paulus ſagt in l. 15 usur. 22, 1: prius percepti „quasi“ m. f. possessori condicuntur. Und Ulpian äußert in l. 22 §. 2 pign. a. 13, 7: praedo fructus suos non faciet; a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici. Vgl. auch Gordian's Reſkript in c. 4 expil. her. 9, 32: Gegen die Frau können des Mannes Erben die Anklage der Titelrubrik nicht erheben, ſie müſſen ſich mit den ordentlichen ſachverfolgenden Zivilklagen begnügen. Hier hinein fallen auch die Früchte: extantes vindicari, consumpti vero condici possunt. Am Deutlichſten reden in Kürze Diokletian und Maximian im Reſkript c. 3 cond. ex l. et s. c. v. inj. c. 4, 9: Mala fide possidens, de proprietate victus, extantibus fructibus vindicatione, consumptis vero condictione convictus, eorum restitutioni parere compellitur. Dieß iſt ex injusta causa condictio: arg. l. 4 §. 1 r. c. 12, 1: Res pignori data, pecuniâ solutâ, condici potest, et fructus ex in-

justa causa percepti condicendi sunt. Nam et si colonus post lustrum completum (dieſe Worte werden unten benutzt werden) fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt. Vgl. Ulp. l. 1 §. 3 cond. s. c. 12, 7.

Wir nun legen die l. 78 cit. folgender Maaßen aus: Labeo erklärt: Beſaß A das Gut im Namen des B, alſo z. B. als deſſen Pachter, ſo kann er für Nichtſammeln der Frucht dem Grundherrn C nicht verantwortlich ſein in einer ſelbſtändigen (Schuld-) Klage; iſt Eigenthumsklage erhoben, dann freilich beginnt ſolche Verantwortlichkeit nach bekannten Grundſätzen. Paulus verbeſſert jenen Ausſpruch: Hat A die Frucht perzipirt, ſo haftet er dem C auch ohne daß er ſie bereits geſammelt hätte. Er hat nämlich die Pacht nun weſentlich ausgeübt, indem er von dem „frui licere“ Gebrauch machte. Demnach ſchuldet er jetzt unmittelbar den Pachtzins, deſſen Fälligkeit ja Hand in Hand geht mit der Ziehung der natürlichen Frucht. Stellt alſo der Grundherr C gegen ihn die Eigenthumsklage an, ſo kann A durch domini (d. i. des B) nominatio ſich aus dem Prozeſſe ziehen, falls er nur bei Nichtvertheidigung durch B das Gut überträgt; doch ſtatt gezogner Frucht leiſtet er mindeſtens jenen Zins an C ſtatt an B. Einfacher noch geſtaltet ſich die Sache, wenn wir die Pachtzeit als beendigt, den B ſelbſt als Eigenthumskläger uns denken. B frägt, ob nicht ſeit beendigter Pacht bis jetzt noch Pachtzins fällig ſei. A beruft hiergegen ſich darauf, er habe keine Frucht mehr gezogen. Zog er ſie, ohne ſie bereits zu benutzen, ſo ſchuldet er ſchon Zins. Paulus ſchließt: Perceptionem fructus accipere debemus non si perfecti collecti sed etiam coepti ita percipi, ut terra se continere desierint, veluti si olivae uvae lectae, nondum autem vinum oleum ab aliquo factum sit (Spezifikation?): statim enim ipse accepisse (Tradition iſt Rechtsbaſis des Fruchterwerbs durch Perzeption) fructum existimandus est. D. h.: Er behält die Frucht jedenfalls, wenn der Kläger Pachtzins reklamirt; ja, mittelſt tacita reconductio ſchuldet er nur den Zins. Hat er jedoch keine Frucht gezogen, dann hat er nicht rekonduzirt; denn worin läge die konkludente Handlung, da das Detinıren allein keine Ausübung von frui licere an ländlichem Grundſtück iſt? Der Prokulejaner nahm

den Eigenthumserwerb erſt durch das Sammeln, der Sabinianer — Julian — ſchon durch die bloße Perzeption, beiſpielsweiſe durch die Aerndte an wenn gleich die Frucht noch auf dem Felde liegen bleibt. Die letztre Anſicht iſt die rezipirte: Paul. l. 13 q. m. usfr. am. 7, 4: Si fructuarius messem fecit (einſchließlich des Sammelns) et decessit, stipulam, quae in messe jacet, heredis eius esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur (die loſen, verſtreuten, Aehren, minutiöſen Intereſſes, ſind nicht berückſichtigt), domini fundi esse; fructumque percipi spica aut foeno caeso aut uva adempta aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum vel vindemia coacta sit. Das cogere verlangte L. alſo nur für Getraide, offenbar weil die Trauben ſofort ſchon in Behältniſſe zum Zuſammengießen in die Moſtkelter kommen; das Keltern ſelbſt entſpricht erſt dem Dreſchen. Die Gleichheit der Fälle zwingt uns alſo, „vindemiam cogere“ zu überſetzen „den Wein preſſen“, d. i. „keltern“; dieſe Bedeutung von cogere iſt alt, obwohl ſpäter nicht die gewöhnliche. Sed ... aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit. Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, quum eos perceperit, d. f. autem possessoris mox quum a solo separati sint. Der beſchenkte Ehegatte oder ſonſt titelloſe b. f. possessor erwirbt nur die Induſtrialfrüchte: l. 45 usur. 22, 1, der gutgläubige Käufer trotz objektiver Unerſitzbarkeit alle Früchte: l. 48 pr. a. r. d. 41, 1.

Vgl. Pellat S. 395 ff., welcher auf S. 408 einen nicht befriedigenden Erklärungsverſuch der l. 78 cit. mittheilt. Denn, wenn L. ſagte, für die nicht kolligirte Frucht brauche kein Erſatz geleiſtet zu werden, dann durfte P. nicht ihm die Behauptung unterſchieben, für alle kolligirte Frucht ſei Erſatz zu leiſten.

Auch der Sachzuwachs, auch das aus der Sache Entbundene was nicht ſchon als Frucht hierher gehört, z. B. partus ancillae: l. 17 §. 1 h. t. 6, 1, fällt in den Eigenthumsprozeß. Z. B. an das Grundſtück ſpülte Land an und trug Frucht: Beides kommt in Rechnung: l. 17 §. 1 cit. vv. partuum fructus. L. 34 cf. l. 33 fb.! die Verbindung dieſer beiden Stellen iſt um ſo wichtiger, als Julian's Digeſten an ſich vielmehr zur Sabinusmaſſe zählen.

Hörte der Beſitzer betrüglich auf, zu beſitzen: ſo hat der Kläger die Wahl, von ihm den Werth zu verlangen, oder a) ſich mit der

Abtretung des aquilischen Klagrechts zu begnügen falls mittlerweile die Sache durch Drittschuld unterging: l. 17 §. 1 cit., denn, b) ging sie nicht unter, so bleibt ihm die Alternative, die Eigenthumsklage gegen den jedesmaligen Besitzer zu richten.

Was jedoch sagen wir zu jener Zession der legis Aquiliae actio? Wenn Kläger wirklich Eigenthümer ist, bedarf er dieser Zession? Man denke, der Beklagte ersaß nach der L. K.; oder: der Kläger müßte ja sonst sein Eigenthum gegenüber dem Thäter erweisen. Der gutgläubige Besitzer hat actionem in factum ex l. Aq.: vgl. l. 11 §. 8 Aq. 9, 2.

Die zwischen L. K. und Endurtheil vollendete beklagtische Ersitzung ist dem siegreichen Kläger unschädlich: l. 18 h. t. 6, 1. Geht das klägerische Recht nach der L. K. unter, so kann der Kläger um deß willen den Prozeß nicht verlieren: l. 10 usufr. accresc. 7, 2. Nur bedeutet dort das Endurtheil jetzt nicht, daß die Sache dem Kläger gehöre, sondern daß sie ihm gebühre. Denn unläugbar wirkte die Ersitzung Eigenthum des Beklagten. Stephanus 15, 1 Schol. 67 giebt diese pronunciatio also an: *Συνέσθη τὸν ὀικέτην τόνδε γενέσθαι τοῦ ἄκτορος*; l. 18 cit.: Reus debet tradere. Ursprünglich stand hier statt „tradere“ „mancipare et (aut) tradere“: Pellat S. 195 Anm. 2, während Savigny und Keller nur „manc.“ unterdachten. Ueberdieß muß der Beklagte dort selbst die nach Ersitzungsvollendung gelösten Früchte u. s. w. erstatten. Hierbei heißt es für Haupt- und Nebensachen in l. 20 h. t. 6, 1. et traditio et cautio de dolo necessaria est; diese Kaution behalten wir spätrer Erwägung vor. Zunächst ist hervorzuheben, daß, was die Sache nicht aus sich selbst sondern aus dem Vermögen des Beklagten heraus erwarb, nicht zur Restitution kommt. Z. B. der Sklave verhandelte Sachen des Beklagten, dafür sind Preise gelöst. Anders steht es um die reinen Sklavendienste. Z. B. der Sklave hat sich einem Dritten verdungen, dieser Miethzins ist bürgerliche Frucht. Es bleibt sich gleich, ob rei ob libertatis vindicatio den Prozeß eröffnete. Das Recht, eine Erbschaft anzutreten, ist, obwohl für den Berufenen höchst persönlich, unläugbar von Vermögenscharakter. Daher der erheingesetzte „Sklave“ auf Befehl seines Besitzers, wirklichen oder putativen Herrn, antritt, mag er selbst in der That frei sein. Diese Erb-

ſchaft bleibt dem Befehlenden, trotz aller ſpäteren Vindikationen, immer dann, wenn um ſeinetwillen der Sklave gerufen war; ſelbſt wenn die Delation vor, der Antritt nach der L. K. aber vor der Verurtheilung liegt; ja, auch wenn die Delation der L. K. erſt nachfolgt. Daher ſagt Julian in l. 45 §. 4 a. h. 29, 2:

Et, quod a quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi serviebat (als er eingeſetzt wurde), propter me heres institutus erit, posse eum jussu meo adire hereditatem, potest verum esse, ut intelligatur non opera sua mihi acquirere sed ex re mea. — Solchem „bona fide servire“ macht die L. K. kein Ende; denn auch, daß „post l. c. omnes incipiunt m. f. possessores esse“ iſt theoretiſch ungenau, praktiſch nur relativ wichtig.

Außer der Herausgabe iſt der Erſitzer noch ſchuldig, Sicherheit zu leiſten wegen wiſſentlicher heimlicher Beſchädigung (Dolus). Vgl. l. 20 l. 18 h. t. 6, 1 citt. Auch kann der Kläger kaviren müſſen: l. 19 ib.: Labeo: cautio „his rebus recte praestari“, für perſönliches damnum ex re. Der Beklagte mußte einem Dritten damni infecti cautionem beſtellen; dieſe erliſcht nicht mit ſeinem Beſitz; alſo garantirt ihm der neue Beſitzer die Vertretung gegenüber künftig drohender Klage aus der d. i. stipulatio: „ne quid periculum vel damnum ex ea re stipulator sentiret“: l. 71 §. 1 v. s. 50, 16. Ein andres Beiſpiel bietet l. 57 ib.: A vindizirt von B das Grundſtück Z. Ebenſo vindizirt C. (Oder: Dieſer oder Jener erhebt auf ein Mobile die furtiva condictio, der Andre die Eigenthumsklage: l. 58 ib.) Der Richter befiehlt nach Erledigung des einen Streites dem B herauszugeben. B gehorcht. Alsbald verliert er auch den zweiten Prozeß. So war B gegen das unbillige duplum nur ſo zu ſchützen, daß der erſte Richter in den Reſtitutionsbefehl die modale Beſchränkung aufnahm: Klägersgarantie für die Eventualität nochmaligen Unterliegens. Wurde nämlich nun B abermals beſiegt, dann that er genug mit Aushändigung der vom erſten Sieger empfangenen Kaution an den zweiten: l. 57 h. p. 5, 3.

Die vom Erſitzer geſtellte Sicherheit deckt den Sieger gegen die Möglichkeit intermediärer Veräußerungen und Belaſtungen: l. 18 h. t. 6, 1 cit. Das Recht der litigioſen Sachen machte dieſe Kaution nicht entbehrlich. Das Veräußerungsverbot nämlich traf Au-

fangs, ex edicto D. Augusti, nur den Kläger — fragm. j. fisci §. 8 —, und gab dem Beklagten eine peremptorische Einrede gegen Denjenigen, der mittlerweile vom Kläger mancipio empfangen hatte und nun vindizirte: Gai. 4 §. 117 a. Im Uebrigen s. Abth. I S. 91 ff.

Der Ersitzer muß das Eigenthum übertragen: l. 8 §. 4 si serv. vind. 8, 5; usucapionis causa gehört zur omnis causa; usucapio frustra complebitur anticipata lite: Vat. fr. §. 12; der Zeitaufwand des Prozesses darf dem Kläger Nichts schaden: l. 35 v. s. 50, 16; auch der im Schuldprozeß Unterliegende muß soviel ersetzen, als der Kläger haben würde, falls Jener zur Zeit der L. K. und statt aller L. K. gezahlt hätte: l. 31 pr. r. c. 12, 1.

In Anschluß an die hadrianische Reform der Erbschaftsklage drang auch für Spezialvindikationen in Theorie und Praxis der Zeitpunkt der Klaginsinuation (Litispendenz) in die Stelle der L K. ein, rücksichtlich der Rückziehung des Endurtheils und daher der amtlichen Schätzung des dem siegreichen Kläger Gebührenden. Vgl. l. 25 §. 7 h. p. 5, 3: ... Post l. c. omnes incipiunt m. f. possessores esse, quin immo post controversiam motam. Quamquam enim l. c. mentio fiat in SCto, tamen et post c. m. omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur. Et hoc jure hodie utimur. Coepit enim scire, rem ad se (möglicher Weise) non pertinentem possidere se, is qui interpellatur. Qui vero praedo est, et(iam) ante l. c. doli nomine tenebitur; hic est enim dolus praeteritus. Die Worte des Senatsschlusses „Petitam autem hereditatem“ werden in l. 20 §. 11 ib. gedeutet: seitdem man weiß, daß man verklagt ist, also: seit Empfang der Klagmittheilung (denunciatio). Indeß Wissen ohne Denunziation genügt, denn man begann „bösgläubig“ zu besitzen. Denunziation ohne Wissen, z. B. an den Geschäftsführer, genügt nicht, da der Senat ausdrücklich die Denunziation an die Parthei selbst fordert. Daher es wiederum genügt, daß der Geschäftsführer die Denunziation an seinen Prinzipal übermittelte. Endlich genügt jeder Denunziant.

„Bösgläubiger“ Besitzer aber wird man durch Derartiges nicht in dem Sinne, daß man für Zufall einstehen müßte: l. 40 pr. ib., wohl insoweit als die Haft für Vernachlässigungen entspringt: l. 31 §. 3 ib. l. 45 h. t. 6, 1, und die für Aufgeben des Besitzes: l. 25

§. 7 cf. §. 2 h. p. 5, 3. Denn die Klage muß Zweifel des Besitzers am eigenen Recht erzeugen: c. 10 a. p. 7, 32.

Savigny 6 S. 90 ff. will den ulpianischen Satz „post l. c. omnes m. f. poss. fiunt“ historisch erklären, indem er Besitzer unterdenkt, welche, auf Grund der alten Rechtsregel, ohne Titel einer Erbschaft sich annahmen, in Verzug des Auftretens eines Erben. Aber offenbar wirkt der Satz auch gegen pro-herede-Besitzer. Und unläugbar muß er noch für das justinianeische Recht wahr sein. Dazu muß man die stillschweigende Bedingung aussprechen: si pro actore pronunciabitur. Der Beklagte weiß schon jetzt, daß, falls er unterliegt, der Besitz dem Kläger schon jetzt gebührt hätte. Diese Eventualität muß er auf eigne Gefahr also schon jetzt in Rücksicht nehmen, seine Vorsorge für Sache und Frucht danach einrichten. Also muß das Wissen um die Klage statt der L. K. genügen. Wir erklären uns gegen Savigny S. 93 auch darin, daß dieses Genügen unsres Erachtens nicht auf Erbschaftsklagen sich beschränken kann. Auch ist es nicht richtig, daß der Senatsschluß lediglich auf Fiskalansprüche an heimgefallene Erbschaften gehe. Er enthält vielmehr manchen allgemeinern Satz. Allerdings giebt er grade für die — extraordinären — Fiskalklagen als nöthiges Ersatzmittel der L. K. „denunciatio“ s. „evocatio“. Aber die eigentliche L. K. der damaligen Zeit, d. i. der Schluß des Jus, existirt bei Justinian grade nirgends mehr. Uebrigens lehren die gedachten ulpianischen Texte, daß schon die klassische Zeit eben jene Denunziation verallgemeinerte, d. h. vom Fiskus auf jeden Kläger ausdehnte. Daß Dieß nicht nothwendig war, geben wir, mit Rücksicht auf den Unterschied zwischen publica und privata causa, zu; aber, daß es geschehen sei, läßt sich nicht in Abrede ziehen. Endlich stehen Stellen, welche nach wie vor auf die L. K. Gewicht legen, nicht entgegen: sie haben das Wort des Senats für sich, der ferner durch die Erklärung „Petitam autem hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque a se peti“ (: l. 20 §. 6 h. p. 5, 3) dieses Wissen hier für L. K. im Sinne der anfangs bemerkten Unterschiede guten und bösen Glaubens angenommen haben will, so daß unstreitig für diesen Zeitpunkt, zur Erklärung des Eintritts dieser Wirkungen, „L. K.“ auch gesagt werden konnte.

Wenn aber dieſe Eigenthümlichkeit nicht auf den Fiskus beſchränkt blieb, ſondern für alle Erbſchaftsklagen galt: ſo müſſen wir für Eigenthumsklagen Daſſelbe ſchon im klaſſiſchen Zeitalter eines Ulpian annehmen, da die inneren Gründe genau ſo zutreffen; geſchweige denn kann bei Juſtinian hierüber Zweifel ſein. Auch h. z. T. giebt es keine eigentliche L. K. Für jede einzelne materielle Wirkung, welche die Römer urſprünglich ihrer L. K. beimaaßen, muß h. z. T. der Anfangszeitpunkt beſonders unterſucht und feſtgeſtellt werden. Freilich iſt Savigny S. 243 auch hierin andrer Meinung, indeſſen kann man unſre, die h. z. T. beliebteſte, Meinung in der That nur eine durch die Lage der Quellen gebotene Vorſicht nennen. Das Wiſſen um die Klage begründet unſres Erachtens die Prozeßobligation, jenen Quaſikontrakt der Römer (vgl. Savigny S. 246 f.), darum, weil die Einlaſſung nicht geweigert werden darf und kann. Wie beim ächten Vertrage die Annahme, ſo iſt dort, wo Nichtannahme nicht freiſteht, ſchon das Wiſſen um das Anſuchen entſcheidend. Im modernen Prozeß kommt der Quaſikontrakt zu Stande im Zeitpunkte der Klaginſinuation: Savigny S. 247. Die beſonders gegen Kierulff gerichtete ſavigny'ſche (S. 251 ... 4) Erklärung vermögen wir nicht zu unterſchreiben, beherzigen aber die Worte auf S. 255:

„Gemeint aber iſt in dieſer ganzen Unterſuchung der materielle Einfluß der Dauer des Rechtsſtreites auf das ſtreitige Rechtsverhältniß. Wenn dabei die L. K. von den Römern als entſcheidendes Moment bezeichnet wurde, ſo geſchah es nicht, als ob man ihr eine beſondre, geheimnißvolle Kraft hätte beilegen wollen. Es geſchah, weil ſie dazu geeignet war, den genauen Anfangspunkt des Rechtsſtreites zu bezeichnen, und ſo in ihr den Rechtsſtreit gleichſam zu perſonifiziren. Wir aber haben wichtige Gründe, hierin die Inſinuation an ihre Stelle treten zu laſſen."

Durch ſo verſöhnende Worte wird der Streit ſeiner praktiſchen Bedeutſamkeit entkleidet. Und ſo verſchlägt es denn wenig, ob ſchon Ulpian oder Juſtinian oder erſt das deutſche Zivilprozeßrecht das Neue richtig würdigten. Auch für partikulär neueſtes mündliches Verfahren iſt der Inſinuationsmoment ein beſtändig feſter, während der der L. K. angeſichts der gemeinen Regel — Einreichung der Exzeptionalſchrift — neubeſtimmt werden

müßte, da auch eine Rückkehr zur römischen L. K., abgesehen von den die Praxis verwirrenden Streitfragen, schon deßhalb unhaltbar sein würde, weil die Nichtreception des öffentlichen Rechts der Römer jetzt außer Zweifel ist. Hierüber, und beispielsweise über Preußen, siehe Savigny S. 255 f.

Arndts §. 113 Anm. Nr. 5 a. E. bemerkt richtig, daß der s. g. fictus possessor „qui liti se optulit" erst durch wirkliche L. K. haftbar wird. Wir fügen bei: für cura und custodia bleibt hier selbst die L. K. aus dem Spiele, da Jener nicht besitzt. Hätte jedoch Kläger A den Besitzer B verfolgt falls C sich ihm nicht in den Weg gestellt: dann muß C Alles ersetzen, was A dadurch verliert, daß B inzwischen besaß, beschädigte, versäumte, gewann u. s. w., innerhalb der Regel der l. 75 v. s. 50, 16. Darin liegt auch Ersatz der Verkümmernisse, denn „Restitution" umfaßt das gesammte klägerische Interesse (utilitas): l. 81 ib. Vgl. l. 246 §. 1 ib.: Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam (und dieser weitere Sinn gilt in unsrem Falle) qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet. Daß „restituere" des Besiegten im Eigenthumsprozesse auch grade die Rückziehung des Leistungsmaaßes auf L. K. resp. Insinuation mitausdrücke, scheint mir unzweifelhaft. Hierher gehört auch der bei Savigny §. 261 im Einzelnen bewiesene Satz:

Sind die Bedingungen der Verurtheilung zur Zeit der L. K. u. s. w. vorhanden, während des Rechtsstreites aber verschwunden: dennoch bleibt die Verurtheilung gesichert.

Aehnlich bemerkt Puchta Pand. §. 96: Die Existenz des Rechts wird nach der Zeit der L. K. beurtheilt; eine spätre Aufhebung schadet nicht.

Jedenfalls näherer Bestimmung bedürftig ist die von Römer — „Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Prozesses in seinem (?) Verhältniß zum Endurtheil" 1852 — gebildete neuere Regel: daß nämlich trotz dieses Erlöschens der Beklagte immer dann zu verurtheilen sei, wann das Erlöschen wesentlich durch die in Folge des Prozessirens eingetretne Zögerung herbeigeführt werde. Wörtlich wäre danach auch der gutgläubige Besitzer zu verurtheilen, falls die Sache durch solchen Zufall unterging der dieselbe beim Kläger nicht betroffen haben würde: Bekker

Heidelb. krit. Z. Schr. 1 S. 259. Grade dieſen Einwurf läßt Römer's Antikritik, daſ. S. 397 ... 403, unbeantwortet; er iſt nicht abzuweiſen. Im Uebrigen iſt die Härte der B.'ſchen Rezenſion billig gemildert durch die daſelbſt nachfolgenden Bemerkungen Dernburgs. Beide Rezenſionen halten ſich in ſtrengwiſſenſchaftlicher Objektivität, und ſind von der Benutzung des R.'ſchen Werkes als unzertrennlich zu erachten.

Amtliche Rückſicht auf Verſchlechterungen iſt zwar nicht ausgeſchloſſen durch Zuſtändigkeit der aquiliſchen Klage, wohl aber bedingt durch bindende Erklärung (Savigny 5 S. 263), der Eigenthumskläger werde deßfalls nicht aquiliſch klagen: l. 13 h. t. 6, 1. Dieſe Erklärung konnte das der aquiliſchen Klage eigenthümliche Amplius vorbehalten.

Das aquiliſche Klagrecht bleibt begründet, das Eigenthumsklagrecht bricht mit dem Intereſſe zuſammen, falls auf zurechenbare Verſchlechterung zufälliger Untergang folgt: l. 27 §. 2 ib.

An ſich ſtehen beide Klagen in elektiver Konkurrenz: l. 14 ib.; nur konnte die aquiliſche immer hernach noch auf den Strafzuſatz, ja, im Fall des Läugnens, auf das alterum tantum bringen.

Auch die Injurienklage war nach Umſtänden ſtatthaft, z. B. si servum verberatum tradit: l. 15 pr. ib. Dieſe und die Eigenthumsklage vermögen nie, einander auszuſchließen, da die eine rein ſtrafverfolgend, die andre rein ſachverfolgend iſt. Dagegen die aquiliſche und die Injurienklage konkurriren innerhalb des Strafzuſatzes der erſtren, welcher übrigens unpraktiſch iſt. Angenommen bei Juſtinian iſt aber die Meinung, daß weder Schadenserſatz noch Strafe, noch auch mehrere Strafen einander ausſchließen.

Die Wirkungen des Ungehorſams des unterliegenden Beklagten gegenüber dem Reſtitutionsbefehl ſchildert l. 68 h. t. 6, 1. Wenn die hierher gehörigen Scholien der Baſiliken die ausſchließlichen Wirkungen der judicis pronunciatio trotz eingelegter Berufung eintreten laſſen, ſo iſt dabei die aufſchiebende Wirkung der Appellation allerdings mißkannt. Vgl. Pellat S. 186 Anm. 2. Der-

ſelbe Schriftſteller bemerkt richtig, daß der gutgläubige Beſitzer in Verzug treten kann vor dem Reſtitutionsbefehl nach der Kriegsbefeſtigung, durch eine Aufklärung zwiſchen den Partheien, durch Vorlegung zweifellos überführender Urkunden u. dgl.

Gehorſam auf den Befehl hin bewirkt Freiſprechung. Denn nun beſitzt der Beklagte weder ſelbſt, noch übertrug er den Beſitz auf einen Dritten, oder ließ ihn im Stiche: ſo daß die Klage jetzt grade ſo verwerflich iſt, als ſie unter gleichen uranfänglichen Verhältniſſen gar nicht anzuſtellen geweſen wäre: l. 16 §. 3 pign. 20, 1.

Genug Antwort auf den Befehl iſt die entſprechende That. Der Beklagte kann jedoch behaupten, non posse se (Gemination in l. 68 cit.) restituere. Dann muß er unter allen Umſtänden mindeſtens das Klägersrecht anerkennen.

War, indem der Beklagte dieſes Recht von Anfang anerkannte, gar kein Rechtsſtreit erwachſen: ſo knüpften ſich die Wirkungen der richterlichen pronunciatio für den Kläger direkt an dieſes Geſtändniß. So verallgemeinerte die Wiſſenſchaft den Satz einer Rede Mark Aurels. Aus ſolchen Klagen, aus welchen eine Friſt zur Sachreſtitution zu bewilligen iſt, iſt die gleiche Friſt auch dem Geſtändigen zu verſtatten: l. 6 §. 2 confessis 42, 2. Ueber die Nothwendigkeit der Uebereinſtimmung zwiſchen intentio und confessio ſiehe z. B. Gai. 4 §. 163.

Hat der Reſtitutionweigernde die Sache, ſo befiehlt im neuern R. R. der Richter der öffentlichen Macht, den Beſitz auf den Kläger zu übertragen; dann erfolgt Verurtheilung nur noch Namens der omnis causa. Jene Vollſtreckung geſchieht manu militari, διὰ στρατιωτῶν; entzieht der Beklagte die Sache der Vollſtreckung, dann ſchätzt der Kläger ſein Intereſſe eidlich ein: vgl. das Reſkript in c. 21 r. v. 3, 32 (Kontumaz: l. 2 §. 1 in litem jur. 12, 3; Furtum: l. 9 §. 1 i. f. furt. 47, 2). Der Eid ſtraft den Dolus mittelſt deſſen man ſich in die Unmöglichkeit der Reſtitution verſetzte; liegt kein Dolus vor, ſo verurtheilt der Richter ohne Klägereid in quanti ea res est, i. e. quanti actoris interfuit; dieſe Regeln paſſen allgemein auf arbiträre Klagen und Interdikte. Der Eid heißt juejurandum in litem sc. aestimandam. Er ſteigert die Verurtheilung, nicht das Streitobjekt ſelbſt: l. 1 in l. jur. 12, 3.

Er ist anwendbar auf restitutorische (Eigenthums-) und exhibitorische Klagen: l. 2 pr. ib. Eine andre Bedeutung hat er in bonae fidei judiciis: l. 5 pr. ib. Will der Kläger nicht schwören, so bleibt richterliche Verurtheilung: l. 71 h. t. 6, 1.

In unsrem Falle von Dolus wird sine ulla taxatione in infinitum geschworen. In andern Fällen judex potest praefinire certam summam usque ad quam juretur. Daß das Letztre Regel sei, ergiebt sich aus l. 5 §. 1 in lit. jur. 12, 3 vv. licuit ei, et a principio non deferre. Hat also der Richter nicht präfinirt, dann darf die Parthei in's Unendliche schwören; denn also kann sie selbst die Gelegenheit mißbrauchen, dem Gegner Unrecht zu thun? l. 4 §. 2 ib.

Uns scheint die Logik nicht stichhaltig: Da der Richter den Eid zuschiebe, so dürfe er ihn auch objektiv beschränken. Nicht z. B. durfte bei den Römern jeder Richter auf Weniger urtheilen, wohl ganz verurtheilen, ganz freisprechen. Der bonae fidei judex freilich, so wie er jede geringere Summe erkennen darf, so kann er auch ein Eidesmaximum voraus verkünden.

Die geschiehene Eideszuschiebung berechtigt den Kläger und bindet den Richter, daß es bei dem ausgeschwornen Eide sein Bewenden behalten werde; Dieß gilt nicht nur in b. f. judiciis, da auch überall z. B. ein bedingtes Endurtheil nicht mehr einer Abänderungsgewalt des Richters unterliegt, sondern die Parthei ein festes Recht hat die Bedingung zu erfüllen und die Vortheile zu genießen. Gleichwohl kann ex magna causa und später gefundenen Beweisen — also überhaupt mittelst in integrum restitutio — der zuschiebende Richter immer noch auf Weniger verurtheilen, ja ganz freisprechen. Denn dieser Richter hat seine Funktionen noch nicht beendigt, wie heutzutage der bedingt aburtheilende; dort stand noch die Verurtheilung aus, blieb also die Rücksicht auf neue Ergebnisse incidenter möglich. Beim b. f. judex verstand Dieß sich ohnehin von selbst, et si juratum fuerit, licere ei vel absolvere vel minoris condemnare: l. 5 §. 2 ib.

Kulpa ohne Dolus begründet kein jusjurandum in litem. Haec enim judex aestimat: §. 3 ib. Ging aber die Sache während Verzuges oder durch Kulpa unter: dann ist Eid Bedürfniß, denn ohne seine Zuschiebung kann der Richter die nicht ihm vorzulegende

Sache unmöglich ſchätzen: §. 4 ib., v. Schröter in Linde's Z. Schr. 7, 11, v. Savigny 5 §§. 221. 222 und SS. 141. 145.

Ging die ſtrittige Sache zufällig unter, ſo war die Grundregel nicht die, daß der beſiegte Beklagte den Werth leiſten müßte, etwa weil die Formel ſagte „Si paret, quanti ea res (jetzt) est (ſpäter, nach erfolgter Bedingung) condemna“: ſondern die, daß der Beklagte freizuſprechen iſt, weil er dem Reſtitutionsbefehl, der die pronunciatio in condemnatio des Ungehorſamen hinüberleiten ſoll, nicht nachkommen kann, alſo nicht ungehorſam iſt.

Steht jedoch dieſer Zufall in urſachlichem Zuſammenhange mit einer Verſchuldung des Beklagten, dann iſt er rechtlich kein Zufall mehr, dann erfolgt Verurtheilung. Der bösgläubige Beſitzer begeht einen Dolus durch Läugnen des klägeriſchen Rechts. Alſo haftet er für ſolchen Zufall, der die Sache beim Kläger nicht würde betroffen haben.

Doch reicht dieſe oberſte Unterſcheidung, die des gut- und des bösgläubigen Beſitzers, allein nicht aus. Auch ein bösgläubiger Beſitzer kann Einrederechte haben: l. 63 r. i. 50, 17. Treffend ſagt Julian:

Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.

Jedenfalls hat der ſelbſthaftende Beklagte die Einrede, daß die Sache beim Kläger ebenſowohl untergegangen ſein würde, zu beweiſen. Aus Verzug (Stephanus suppl. 15, 1 p. 10 schol. 47) erwächſt die Wertherſatzpflicht auch falls Kläger würde veräußert haben; dann bricht jene Einrede, ſofern ſie vorausſetzt der Kläger würde die Sache länger behalten haben, zuſammen: l. 15 §. 3 r. v. 6, 1. Für „falls“ ſetzt indeß v. Savigny 6 S. 196 „weil“; dagegen Pellat S. 182ff. nach Kujaz und Pothier und in Uebereinſtimmung mit der gemeinen Meinung der Erklärer des napoleoniſchen Geſetzbuches; vergleiche Zachariä S. 12. 13. 19. Schol. 58 ... 60. 87. und Z. Schr. f. G. R. W. 14 S. 125. Savigny alſo behält lediglich dem Beklagten den Gegenbeweis vor. Z. B. ging ein Grundſtück durch Erdſturz unter, ſo wird nach Labeo der Werth nicht geſchuldet; Dieß grade iſt nach l. 47 §. 6.

leg. 1 nur dann richtig, wenn kein Verzug voraufging, „weil" ja der Vermächtnißnehmer das empfangene hätte verkaufen können. Vgl. auch l. 40 pr. h. p. 5, 3 vv. quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse.

Hiergegen behaupten wir, der Kläger konnte auch das nicht-empfangene verkaufen. Zwar thatsächlich besaß er nicht, und rechtlich sind strittige Sachen unveräußerlich: indeß, um zu „verkaufen", bedarf ich keines Besitzes, und das Litigiositätsveräußerungsverbot hindert nur die dingliche Veräußerung, der Verkauf endlich überträgt das periculum. Doch nicht leicht wird man strittige Sachen preiswürdig verkaufen, noch kann man dem Käufer zumuthen, das Risiko des Prozeßverlustes zu übernehmen.

Wir erachten gleichwohl, daß der Kläger zu beweisen genöthigt ist, er würde veräußert haben. Doch muß Bescheinigung genügen, denn Gewißheit wäre nur dann darzuthun falls der Kläger schon jetzt „auf den Fall seines Prozeßsieges" verkauft hatte. Und, so zu verkaufen, war ihm nicht zuzumuthen; denn der Käufer bietet nicht den vollen Preis, um der Unsicherheit willen, ob er die Waare bekommen, ob er das bereit zu haltende Geld (— Provisionsverlust —) brauchen wird. Auch theoretisch, falls der in Verzug stehende Beklagte die Art des Unterzangs, so wie die Irrelevanz des Aufenthaltsortes der Sache beim Untergang, zeigte: scheint Kläger so lange nicht durch beklagtische Kulpa beschädigt, bis er darthut, er würde veräußert haben. Nirgends im Recht ist die allgemeine Vermuthung ausgesprochen, daß Jedermann jederzeit zum Marktpreise alle seine Sachen losschlagen würde. Solche Vermuthung wäre aber auch dem wirklichen Gang der Dinge schnurstracks zuwider. Uns scheint, es stehe umgekehrt zu vermuthen, Eigenthum habe man um seiner selbst willen, um es in Behagen zu genießen. Die von uns abstrakt verworfene Vermuthung trifft also dann allerdings zu, wenn Kläger mit solchen Sachen handelt, oder sie nicht aufzubewahren sind oder doch nicht aufbewahrt zu werden pflegen. Im Uebrigen stützen wir uns auf das Grundprinzip: l. 16 pr. i. f. r. v. 6, 1: non utique et fatum possessor praestare debet. Diese Stelle beschränkt sich nicht — wie l. 40 pr. h. p. 5, 3, wo „jus suum" bedeutet „sein vermeintliches Recht" — auf b. f. possessores, und ausdrücklich redet sie von der Zeit

nach der L. K. Vgl. l. 14 §. 1 depos. 16, 3: Si ... sua natura res ante (oder post) rem judicatam interciderit, (z. B. das Thier fällt. Sabinianer:) absolvi debere eum ..., quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique quum interitura esset ea res etsi restituta esset actori. L. 14 §. 11 qd met. c. 4, 2: Si homo sine culpa eius qui condemnatus est periit: a rei condemnatione ideo relaxabitur si intra tempora judicati moriatur. Si autem ante sententiam, tenebitur (gemäß der Titelrubrik). Et hoc fit verbis „neque ea res arbitrio judicis restituatur." Sed et si non culpa aberit, si tamen (ohne die bösgläubige Besitzesvorenthaltung) peritura res non fuit, tenebitur. Itaque interdum mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit si vim passus non esset. Schmid §. 15 Anm. 102.

Auch ohne Verzug u. dgl., also ohne Haftbarkeit für den Hauptgegenstand, ist ein Endurtheil für omnis causa, wie Frucht, Zuwachs, stipulatio de evictione, nöthig. Also (l. 11 jud. solvi 46, 7) darf der bisherige Besitzer den Prozeß nicht verlassen (litem deserere), und, thut er es, so erwächst die Haftung der Kautionsbürgen. Die Kaution nämlich erfüllt in ihrem zweiten Bestandtheile: de re defendenda. Hatte Kläger die Sache gekauft gehabt — und aus Kauf wird schon gesetzlich für Entwährung gehaftet, doch war duplae stipulatio üblich —, verlor den empfangenen Besitz, und vindizirt: so bedarf er eines abweisenden Endurtheils behufs Regreßnahme. Hatte der Beklagte gekauft und empfangen gehabt, so bedarf er zum nämlichen Zwecke eines verurtheilenden Endurtheils. Res defendenda umfaßt also außer Frucht u. s. w. auch die Konstatirung des Regreßrechtes. Ging dagegen vor L. K. die Waare unter, so findet nur auf betrügerische Verkäufer Rückgriff statt.

Der Zufall fängt an, wo die Verschuldung aufhört. Willenlose Personen handeln nur zufällig: l. 60 r. v. 6, 1. Bevormundete haften für Vormundsverschuldung, selbst dem Würderungseide gemäß, soweit sie der Rückgriff auf den Vormund rechtlich und thatsächlich deckt: l. 1 qu. ex f. tut. 26, 9 (gleicher Aufschrift).

Für Kulpa haftet nach der L. K. ein jeder Besitzer. Vgl. l. 16 §. 1 h. t. 6, 1: Keine Kulpa liegt darin, daß der Besitzer das vindizirte Schiff in der günstigen Jahreszeit — tempore navigationis, gleichsam der für die Schifffahrt offnen Zeit — über's Meer sen-

bete, wenn es gleich zu Grunde ging; es sei denn, er vertraute daſſelbe zu wenig („minus") tauglichen Leuten an. Der Gegenſatz der Jahreszeit wäre t. nav. adverso; vgl. l. 36 §. 1 ib.: Kulpos iſt, wer den vindizirten Sklaven per insidiosa loca misit, si is perilt; et qui servum a se (als Beklagten) petitum in arena esse concessit et is mortuus est. Die gute Schifffahrtszeit nahmen die Römer an vom 27. Mai bis zum 14. September. Für unſicher galt ihnen das Meer von da bis zum 11. November; geſchloſſen war es von da bis zum 10. März, gefährlich bis zum 15. Mai.

Kulpa wird auch begangen durch Mangel an Ueberwachung, ſo daß die Sache unterging, verſchlechtert ward, abhanden kam. Vgl. l. 21 ib.: Entfloh der vindizirte Sklave dem gutgläubigen Beſitzer, ſo fragen wir: War er der Art, daß man ihn noch bewachen mußte? Denn, war ſein Ruf rein, ſo daß man ihn nicht zu bewachen brauchte: dann iſt der Beſitzer freizuſprechen, ſo jedoch, daß er, 1) falls er ihn erfaß, ſeine Klagrechte abtrete und alle Frucht leiſte, 2) entgegengeſetzten Falls allerdings auch die Frucht leiſte, dagegen nicht einmal wegen der Verfolgung kavire (a. M. Julian, Pomponius in einem ſpätren Werke, Paulus: cautio de eventualiter, i. e. si rem nactus fuerit, restituendo; indeß iſt Dieß doch kein Verſprechen der Verfolgung). Denn der Kläger kann ihn verfolgen, vv. „Quo minus enim ... persequi potest?" Cominus, ohne Fragezeichen, zu leſen, verbietet auch Zachariä S. 16 Schol. 77. — Daran hindert ihn auch nicht Erſitzung des Beklagten am Flüchtling. — War dagegen der Sklave zu bewachen, ſo erfolgt Geldverurtheilung auch Namens dieſer Hauptſache, ſo jedoch, daß, falls der Beklagte noch nicht erſeſſen hat, der Kläger ihm ſeine Klagrechte abtreten muß. Dem Doloſus zwar braucht nicht zedirt zu werden (l. 63 ib.), dennoch, iſt der neue Beſitzer leicht ermittelt und kann der Kläger mit richterlicher Hülfe die Sache von dieſem grade ſo bequem an ſich ziehen, dann iſt Jener in Ruhe zu laſſen, denn ſein Dolus, durch den er den Beſitz aufgab, hat dann dem Kläger Nichts geſchadet. Und, zahlte er den Werth dem Kläger, ſo hilft ihm die Richterobrigkeit ſpäterhin auch ohne Zeſſion zur Vindikation gegen den entdeckten Beſitzer, denn der Dolus iſt mit der Zahlung geſühnt. Ja ſie hilft ihm ſelbſt gegen den Zahlungsempfänger, falls dieſer

den Sachbesitz erwerben sollte; und nicht leicht wird dieser erhört mit seinem Erbieten, lieber das Geld als die Sache zurückzugeben. Denn der Verurtheilte hatte die Gefahr der Wiederentdeckung der Sache getragen, ihm also gebührt auch der Vortheil. Der Sieger aber war zwischen diesen Partheien für die Sache durch Geld rechtskräftig abgefunden, und, brauchte er gleich nicht dem Betrüger sein Recht zu übertragen, so ist es dennoch billiger, daß der Betrüger sich von seinem Schaden erhole, als daß der bereits entschädigte Betrogene auf des Betrügers Kosten sich noch überdieß bereichere.

Die nach Verschiedenheit der Fälle hüben und drüben abzutretenden Klagrechte sind rei vindicatio, ad exhibendum, auch servi corrupti (Stephanus 15, 1 S. 16 Schol. 77) actio u. dgl. Soll der Beklagte zediren, so kann er vorziehen zu kaviren: er werde selbst suchen und vindiziren und demnächst restituiren: Stephanus S. 17 Schol. 82. Nach Theophilus liegt diese Kaution in §. 1 I. div. stip. 3, 18: Judiciales sunt dumtaxat (cautiones), quae a mero judicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio.

Hat der Beklagte aus Noth veräußert, z. B. in Zwangsabtretung, oder wegen Verderblichkeit u. dgl. (Zachariä suppl. Bas. 15, 1 S. 10 Schol. 43): so kann der Richter ihm von Amtswegen insoweit helfen, daß er an den Kläger nur denjenigen Preis erstatte, welchen er entweder löste oder doch ohne Kulpa lösen konnte. Denn auch, falls er die Früchte verkaufte, damit sie nicht verdürben: auch dann wird er höchstens den Erlös ersetzen: l. 15 §. 1 h. t. 6, 1. Ward das Grundstück Soldaten in Eigenthum zugetheilt, dem bisherigen Besitzer aber eine Kleinigkeit Ehren halber zugebilligt: diese muß er dem Vindikanten erstatten: §. 2 ib. vgl. Zachariä a. a. O. Aber „Ehren halber" bedeutet doch mehr eine persönliche Rücksicht? Schol. 46 das. Gegen diese Scholien denkt daher Kujaz an ein „modicum eiusdem terrae". Aber die Stelle sagt „modico dato" nicht „relicto". Dieser Einwand freilich scheint zu entkräften durch den Gesichtspunkt der nova concessio, ex voluntate imperatoris, dem alten Eigen-

thum war vorher ganz ein Ende gemacht. Und, wollte man hiergegen sich stützen auf Hyginus bei Lachmann S. 119 „Quos dominos (Augustus) in possessionibus suis remanere passus est, eorum condicionem mutasse non videtur“: so kann man wiederum sagen, im Falle von §. 2 cit. traf grade das „remanere passus est“ nicht zu.

So wie der Besitzer, was er verwendete, abzieht, so, falls er hätte verwenden müssen, ist er für dieß Unterlassen als Kulpa verantwortlich — er sei denn gutgläubiger Besitzer, denn dieser ist, weil er, vor der L. K., nur sein vermeintliches Eigenthum vernachlässigte, keiner Beschwerde unterworfen: l. 31 §. 3 h. p. 5, 3.

Giebt der Besitzer der Aufforderung, herauszugeben, nach, so vermeidet er den Prozeß; „post conventionem“ (l. 45 h. t. 6, 1) nämlich bedeutet nicht nur „nach der L. K.“, sondern „nach jeder, selbst außergerichtlichen, Aufforderung“: Stephanus Schol. 119 S. 25. Die Herausgabe muß aber auf Verlangen begleitet sein von Kautionen:

1. Der gutgläubige Besitzer kavirt nur für Betrug. Dabei darf man aber weder an die Strafen der Mißhandlung „eigener“ Sklaven (l. 2 h. qui s. v. al. j. 1, 6) vor L. K., noch an ein Verschweigen von Verfügungen denken die der gutgläubige Besitzer bis zur L. K., die Sache veräußernd oder belastend, traf: Pelat S. 293 Anm. 1. Der Betrug kann also nur darin gefunden werden, daß beschädigende Eigenschaften geflissentlich verschwiegen werden.

2. Jeder sonstige Besitzer, auch nach L. K. der gutgläubige, kaviren für jede Kulpa.

Die Darreichung der Litisästimation begründet einen Kauftitel: l. 1 pro emptore 41, 4. Denn die L. Ä. ist kaufähnlich: l. 3 ib., gleichviel ob der Richter gemäß dem Würderungseide oder selbstständig schätzte; der Eid ist unterzudenken in l. 22 pr. a. r. amot. 25, 2. Besitzt also der Beklagte, so ist er mittelst eines

constitutum possessorium nunmehr Spezialrechtsnachfolger des Klägers: L. 21 §. 1 a. r. d. 41, 1: Si rem meam possideas, et eam velim (et tu quoque velis) tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit. Bestimmte der Würderungseid den Preis, so vergleicht sich der zahlende Beklagte mit dem um jenen Preis von seiner Sache abstehenden Kläger: l. 46 h. t. 6, 1. Die Vergleichsparallele ist aber zutreffender als die Kaufsparallele, denn für spätre Sachentwährung haftet Agerius dem Regidius deßhalb nicht, weil R. alle Folgen seiner Restitutionsweigerung lediglich sich selbst zuzuschreiben hat: l. 35 §. 2 ib., denn A. war kein freiwilliger und interessirter Verkäufer. Nicht trifft der gleiche Nachtheil den beschenkten Ehegatten, denn die Schenkung gewährte ihm einen guten Besitzesgrund; weigert er die Herausgabe, dann beruft er sich nur auf die frei eigne Willensthat des Klägers. Indem nun dennoch das objektivrechtliche Verbot dieser Schenkungen die Herausgabe erzwingt, Jener aber Geld statt der Sache zahlt: bedarf er einer pro evictione cautio, jedoch schon bei den Römern nur als simplex stipulatio, denn das Geschäft war nicht oneros; auch geschieht die Schätzung zum ächten Preise, ohne subjektives Interesse, ohne Würderungseid: l. 36 pr. don. i. v. et u. 24, 1. —. Bei Schätzung von Amtswegen zessirt die Vergleichsparallele.

Der Betrüger hat an und für sich keinen Kautionsanspruch — z. B. der Dieb in l. 14 §. 1 cond. furt. 13, 1 —, so wenig wie der bösgläubige Besitzer ein Rententionsrecht wegen Aufwands. Will also der Kläger nicht schwören, da wo er schwören kann und darf, dann rettet er sich sein formales Eigenthum.

Besitzt, falls der Kläger schwört, der Beklagte nicht, so kann Letzterer erst Eigenthümer werden sowie er Besitz erlangt aus dem Willen des Klägers. Daher läßt der Richter vor der Schätzung — also ein minimales Retentionsrecht! — den Kläger kaviren, er werde den Besitzesübergang auf den Beklagten nicht hindern: l. 47 h. t. 6, 1. Positiv gar wird diese Kaution, falls zwischen Beiden ein Forderungsrechtsverhältniß obwaltete, welches, von Treu und Glauben regiert, einiger Maaßen zweiseitig ist, z. B. ein Leihvertrag; nämlich dem Leiher ist zu kaviren, der Eigenthümer werde die gefundene Sache ihm leisten: l. 13 pr. commod. 13, 6.

Ein Restitutionsort für bewegliche Sachen war im ältern Recht darum nicht vorzusehen, weil sicher erst nach Abschaffung der Regel des Legisaktionenprozesses die Abwesenheit solcher Sachen vom Prozeßorte möglich zu werden anfing. Freilich vollzog man schon früher, doch gewiß nicht ursprünglich, die Vindikation z. B. des Schaafes an einem Flock Wolle, u. dgl. Seitdem wurden Untersuchungen über den Restitutionsort für abwesende Mobilien nothwendig.

Demnach liefert der gutgläubige Besitzer die Sache entweder da wo sie liegt oder am Prozeßorte; letzternfalls auf Klägerskosten. Diese Kosten können betreffen:

a. Zehrkosten (cibaria) der Semoventien: Pellat S. 158. Vgl. l. 11 §. 1 ad exhib. 10, 4: Wo und auf wessen Kosten muß (oportet) geliefert werden? Labeo: da wo die Sache zur Zeit der L. K. liegt, von hier sei sie auf Gefahr und Kosten des Klägers in den Prozeßort zu verbringen, doch müsse der Besitzer den Sklaven (civiliter: pascere, vestire, curare) alimentiren. Ulpian nimmt von Letzterm Fälle aus: falls nämlich die Dienste, von denen er für die Dauer der Reise feiern muß, den Sklaven nährten, und der Besitzer ihm daher keine Sustentation zu verabreichen pflegte: dann also trägt der Kläger die Kosten. Und unter Umständen ist umgekehrt auch die Gefahr beim Beklagten: nämlich so oft es Noth thut, dessen Verschlagenheit dem Kläger unschädlich zu machen, d. h. sofern der Beklagte geflissentlich um dem Kläger die Erlangung zu erschweren die Sache anderswohin verbrachte.

b. Transportspesen: l. 10 h. t. 6, 1.

Demnach bleibt die Sache da zu leisten wo sie liegt. Der Kläger kann jedoch gegen (stillschweigende) Uebernahme von Gefahr und Kosten ihren Empfang am Prozeßorte vorziehen. Hierfür wird in l. 11 ib. der Ort des Endurtheils genannt, aber Marzell bemerkt in l. 30 jud. 5, 1: Wo der Prozeß befestigt ward, da ist er zu erledigen.

Befahl also der Richter dem Besiegten die Herausgabe, so nannte Dieser, gehorsam, dem Kläger den Ort, wo sie liege; der Kläger möge sie sich dort holen, er, der Beklagte, werde dort seiner Leistung gewärtig sein. Nun wünscht der Kläger das Verbringen in den Prozeßort. Hierauf hin ist ein doppeltes Verfahren möglich:

1. Der Beklagte fordert und erlangt seine Freisprechung gegen genügende Deckung. Die Verschiedenheit dieser Kaution von der cautio judicatum solvi ergiebt sich aus Folgendem:

a. Die satisdatio de restitutione ist konventionell, die c. j. s. erzwingt der Richter —

b. Die s. d. r. enthält formell juristisch die Sachrestitution, die c. j. s. sichert lediglich dem Kläger auf seinen Siegesfall den Ausspruch, daß entweder herausgegeben oder verurtheilt werde; l. 2 pr. stip. praet. 46, 5. Auf Weigerung der Satisdation steht Verurtheilung; Stephanus S. 19 Schol. 73 setzt Ulpian für Paulus. —

c. Darum liegt in dieser prätorischen, nicht judiziellen, Stipulation keineswegs ein certum — die res ipsa —, sondern incerta rei quantitas: §. 2 ib. Denn jede bedingte Schuld ist so sehr ein incertum, daß sie vielleicht (nämlich: falls Kläger verliert) Null enthält. Dagegen s. d. r. setzt entschiedenen Sieg des Klägers voraus. —

d. Das incertum heißt in der Formel „quanti ea res est". Stirbt die Parthei vor Beginn des zweiten Verfahrens (judicium), so gilt „nomina inter heredes ipso jure divisa sunt"; jedoch besitzt ein Erbe des Kaventen die ganze Sache, so geht gegen ihn der ganze Eigenthumsprozeß, die alte Kaution aber findet weder gegen ihn selbst noch gegen seine Bürgen mehr Anwendung. Starb dagegen der Besitzer erst nach L. K., dann vollendet sich der Prozeß gegen die Erben zumal, sollte gleich einer das Ganze besitzen; sie unterliegen nach Verhältniß der Erbtheile. Das Gleiche gilt von allen prätorischen Prozeßkautionen, wie de rato und ex operis novi nunciatione: l. 1 pr. §. 1 ib., auch von damni infecti cautio und ähnlichen. Im Gegensatz hierzu verpflichtet und berechtigt satisd. de rest. die respektiven Erben solidarisch; der Klägerstheilerbe hat dabei cautionem defensum iri zu bestellen.

Unsrer satisd. de rest. näher verwandt ist die in l. 12 §. 5 ad exhib. 10, 4 erwähnte Kaution: Si justa ex causa statim exhiberi res non possit, jussu judicis cavere debebit, se illo die exhibiturum. Ueber die Anwendbarkeit derselben auf Restitutionsfälle vgl. §. 2 J. off. jud. 4, 17, auch l. 68 h. t. 6, 1. Die Institutionen äußern im Wesentlichen: Si neget, in praesenti se re-

stituere posse, et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere: indulgendum est ei, ut tamen de litis aestimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus datum non restituisset.

Unterbleibt die Kaution, so wird verurtheilt quod actoris interesset ab initio rem restitutam esse: arg. §. 3 J. tit. eit. 4, 17 (ad exhib. a.). Wird sie bestellt, so erfolgt Freisprechung, es bleibt ex stipulatu actio: Pellat S. 160 Anm. 4. Aber es bleibt auch dem Kläger sein Eigenthum bis die Sache oder ihr Werth geleistet ist. Fällt der Beklagte, der Bürge u. s. w., in Konkurs, dann ergiebt sich das Unzureichende der bloßen ex stip. a.; man muß gegen rei judicatae exceptio eine doli (generalis) replicatio verstatten, da die Stipulation allein die Freisprechung hervorrief, die Stipulation aber grade ihren materiellen Werth als Eigenthumsäquivalent einbüßte.

2. Oder der Richter setzt in den Restitutionsbefehl eine Frist zur Beschaffung der Leistung. (Die legalen Exekutionsleistungsfristen gehören nicht hierher.) Solche Verzögerung der endlichen Verurtheilung und Freisprechung ist vorzuziehen, falls keine genügende Kaution aufgebracht werden kann: arg. l. 27 §. 4 h. t. 6, 1. —

Derjenige bösgläubige Besitzer, welcher an einem andren als dem Prozeßorte den Besitz gewann, steht in Betreff des Restitutionsortes unter keinen andern Regeln. Hat er jedoch die Sache vom Prozeßorte heimlich weggezogen und anderswohin versetzt, so muß er auf eigne Kosten dieselbe zurückversetzen: l. 12 ib.

§. 10. Kennzeichnung der Sache und Prozeßort.

Die körperliche (l. 1 §. 1 h. t. 6, 1) Sache, dieser regelmäßige Gegenstand der Eigenthumsklage, muß vom Kläger mit hinreichender Bestimmtheit, zu Verhütung von Verwechselungen (Paulus l. 6 ib.), individuell gekennzeichnet werden. Im ältesten Verfahren mußte sie sogar dem Gericht vorliegen; dieß jedoch ward bald bloße Form, zuerst bei Grundstücken seitdem das Gericht nicht mehr hinging und daher eine beliebige dem Gericht vorgelegte Erdscholle das Gut vertrat; dann ähnlich bei schweren Mobilien (Gai. 4 §. 17); überall aber ward es selbst als Form erläßlich

seitdem die wörtliche und thätliche „vindicatio“, die Eröffnung der in rem legis actio per sacramentum, wegfiel: Gai. ib. §. 16.

Umfaßt das Klägersrecht nur einen Theil der Sache, so bedarf auch dieser der Bestimmung. Theil engern Sinnes ist der Bruchtheil: l. 25 §. 1 v. s. 50, 16 (aus demselben Buche des Paulus). Die Rechtsgelehrten der Republik waren sogar uneins, ob der räumliche Theil „Theil“ sei; Dieß bejahte Q. Muzius Skävola, Servius Sulpizius dagegen verwarf es als unlogisch. Gewiß konnte man klagen „Aio partem fundi Tusculani, sitam inter ..., meam esse“, zumal da junge Realtheile leicht noch ungetauft sind. Ja, Dieß ist unter allen Umständen dann die beste Klagfassung, wenn der Beklagte dieses Stück Landes nicht besonders, sondern im ganzen Landgut, bewirthschaftete; denn unter dieser Voraussetzung muß die richteramtlich mitzuerkennende omnis causa doch als Bruchtheil vom Ganzen berechnet werden, was vorzüglich für das Fruchtquantum wichtig ist, soweit nämlich die Einheit der Bewirthschaftung das angesprochene Stück vielmehr als organisches Glied denn als selbständiges Ganzes erscheinen ließ. Hieran, nicht bloß an Bruchtheile, scheint Gaius libro 7 ad ed. prov. in l. 76 pr. h. t. 6, 1 zu denken, da wir sonst, was er sagt, für höchst trivial erachten müßten:

Quae de tota re vindicanda dicta sunt, eadem et de parte intelligenda sunt; officioque judicis continetur, pro modo partis ea quoque restitui jubere, quae simul cum ipsa re (Zachariä Schol. 169, Pellat S. 391 Anm. 1) restitui debent.

Trotz einer reellen Untheilbarkeit des Ganzen existiren Bruchtheile und sind vindizirbar: l. 35 §. 3 ib.

Th. 2 S. 361 ist bereits der incerti vindicatio gedacht worden. Zur Gestattung dieser Klage war man gezwungen durch Fälle, in welchen der Eigenthümer schwer individualisirbare Sachen aus seinem Besitze verloren hatte. In erster Linie stehen Rohstoffe. Vielleicht hat der Beklagte gewerbemäßig ein ganzes Lager gleichartiger Stoffe, und in dasselbe hat er praktisch unausscheidbar des Klägers Rohstoffe eingereiht. Ließ man hier das Eigenthum des Klägers nicht untergehen, so war auch eine Vindikation zuzulassen mit Abstehn von dem Verlangen daß er das Seinige individualisire. Die Billigkeit drängte zu Quantitätenvindikation, wäh-

rend Quantitäteneigenthum eine begriffliche Unmöglichkeit blieb. Oktavenus, wie es scheint, zuerst begnügte sich mit der genauen Angabe von Maaß, Zahl oder Gewicht. Hatte aber der Besitzer des Klägers ununterscheidlich eigne und klägerische Rohstoffe, doch nicht Alles zumal, veräußert: so ist die Quantitätenvindikation gegen diesen Erwerber nur soweit möglich, als in dem Empfangenen nothwendig auch Klägersstoffe enthalten sein müssen, d. i. als der Veräußrer geringere Quantität, als dem Kläger gebührt, zurückbehielt.

Ein Recht, welches so dem Kläger hilft, verlangt mit Recht dafür, daß er die Eigenschaften und das Maaß genau kenne und nenne. Der Beklagte besitzt Guß- und Schmiede-Eisen, der Kläger kann nicht bloß „Eisen" in bestimmter Menge vindiziren wollen. Doch ist hierin nicht zu weit zu gehen. Minutiöse Unterschiede reliviren nicht. Im Ganzen wird der Kläger soviel angeben müssen, als man vom sorgsamen Hausvater an Kenntniß der eignen Sachen verlangen kann. Streitig war, ist übrigens von Paulus bejaht, ob man auch die Farbe der an Zahl bestimmten Kleider zu nennen habe. Unmenschlich aber, meint Paulus, sei das Ansinnen, zu wissen, ob sie neu oder alt seien. Bei gebrauchten Kleidern ist die Gränze zwischen neu und alt sehr subjektiv, ganz ungebrauchte vom Kläger könnte der Beklagte mittlerweile getragen haben; also nirgends ein Anhalt für den Richter aus dieser „Eigenschaft"! „Gefäße" zu vindiziren, ist zu unbestimmt; man muß die Art beifügen, z. B. „Schüssel"; nicht braucht man sich zu erinnern, ob rund oder eckig, glatt oder eingelegt (in erhabener und vertiefter Arbeit).

Wir wenden uns zu Einzelsachen. Grundstücken ist, außer dem Namen, die Lage beizufügen. Bei Mobilien, war die Bezeichnung des vindizirten Sklaven den Römern besonders wichtig. Bei der großen Sklavenzahl und dem unermeßlichen Reichthum mancher Familien kamen selbst im Besitze eines einzigen Freien sehr häufig gleichnamige Sklaven, da der Sklave nur einen einzigen, den Vornamen trägt, in Mehrzahl vor. Dann war eingänglichere Bezeichnung, z. B. ob man ein Kind oder einen Erwachsenen meine, erforderlich. War nun, falls wegen Mangels der Befriedigung dieses Erforderniffes der Zweifel vor der Zivilfury sich erhob, die

Litis Kontestation gültig? Ein Vertrag gilt bei Dissens über den Gegenstand nicht (: Aristo). Aber auf gerichtliche Klage muß man eingehen; es darf nicht der Beklagte stets in Zweifelfällen Mißverständnisse vorzuschützen in Stand gesetzt werden (: Paulus l. 83 §. 1 v. o. 45, 1). Also zeigte der Kläger vor der Jury früh genug, daß er den Einen meinte. Gegen P. scheint indeß zu streiten Pomponius (und Ulpian?) in l. 5 §. 5 h. t. 6, 1, wonach vielmehr der Kläger überdieß zeigen müßte, daß auch der Beklagte in der L. K. den Nämlichen meinte. Das letzte Wort muß folgendes sein: Kann Kläger diesen Mehrbeweis nicht erbringen, so ist eine Neuinstruktion des Prozesses, anlangend die Vertheidigung, unerläßlich.

Daß also die Bezeichnung nicht ausreichend war, ist an sich unschädlich. Ja unter der gleichen Voraussetzung — Einheit der Meinung zwischen den Partheien — schadet selbst irrige Bezeichnung nicht: §. 4 ib. Ulpian. Kennt Kläger den Namen nicht, so reicht sonstige individualisirende Kennzeichnung aus: l. 6 ib.

Mein ist, was aus meiner Sache übrig ist, und ich bin berechtigt Dieß zu vindiziren: l. 49 §. 1 ib. Hier beweist sich die Körperlichkeit des Eigenthums auf das Schlagendste, denn z. B. Nießbrauch erlöscht ganz wenn die Sachreste den Begriff des alten Ganzen nicht mehr im Kleinen noch darstellen. —. Nur was übrig, nicht: was überhaupt noch vorhanden ist, bleibt ferner der Eigenthumsklage ausgesetzt. Diese also fällt weg, wenn die Trümmer aufhörten solche zu sein, wenn z. B. diese Ueberbleibsel unter fremder Bildnerhand in Unlöslichkeit und s. g. Spezifikation ein neues Ganzes wurden, oder sie mittelst s. g. Akzession in einem vorvorhandenen fremden Ganzen unlöslich untergingen.

Sind aber gleichartige Stoffe verschiedner Herren auch ohne deren Genehmigung durch dritte Hand unlöslich, wenn gleich nicht für andre als eigne Rechnung, vereinigt: so erwachsen Jenen Bruchtheilsvindikationen, nach den Produkten aus Menge und Güte der beziehungsweisen Stoffe im Verhältniß zum Ganzen; beispielsweise differirt größere Reinheit des einen Silbers vor dem andern: l. 4 ib. Hier nun soll dem Kläger die Gewichtsangabe erläßlich sein: l. 3 §. 2 ib. Denn der für Vindikation eines unbestimmten Theiles nothwendige Entschuldigungsgrund liegt darin,

daß der Kläger die Einigung nicht selbst vornahm, also auch das Verhältniß nicht zu bestimmen vermag, weil jedenfalls der fremde Stoff sich seiner Prüfung entzog. Ein andrer Fall ist die Vindikation von Vergabungen auf den Todesfall. Der Kläger kann nicht wissen, wie viel aus falzidischem Recht zum Abzug kommt, während doch die konkrete Wirklichkeit dieses Rechts dem Belasteten das Miteigenthum sichert: vgl. l. 26 Falc. 35, 2, l. 1 §. 5 quod leg. 43, 3: Portio legis ipso jure apud heredem remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt. Doch neigte sich die Praxis für diesen Fall zur ungefährlichen Zulassung der Totalvindikation. In der Instruktion des Prozesses konnte der Erbe die Größe seines Miteigenthums bestimmen; vermochte er Dieß noch nicht, so wurde er unter Vorbehalt und gegen verlangte Sicherheit einstweilen total verurtheilt: l. 76 §. 1 h. t. 6, 1.

Nur von Grundstücken können räumliche Theile vindizirt werden: L. 8 ib.: Pomponius und Paulus: A und B sind Miteigenthümer, B und C besitzen 1) ungezweit, so hat A nur gegen C Eigenthumsklage; 2) in Realgetheiltheit, so verklagt A Beide je auf deren Hälfte, endlich B den C auf dessen Restthälfte; überall sind gleich große Theile vorausgesetzt. Seltsamer Weise meint Pellat S. 140 ff.: Nach strengem Recht müßte auch im erstren Falle A von Jedem ein Viertheil des Ganzen einklagen. Wäre Dieß richtig, so müßte schon vorher B gegen C klagen können. Dieß kann aber nicht sein, da B die Hälfte — und nur soweit ist er Eigenthümer — besitzt. Gleich große Bruchtheile sind einander fungibel. Dieß jedoch gilt nicht für Erbtheile. Nicht nur daß ihnen die Persönlichkeit der Delation individualisirend zu Grunde liegt; sie sind auch a) im letzten Willen oft ungleich belastet, b) bei Intestaterbfolge relevirt Kollationspflicht, c) stets kann dem Unwürdigen der Erbtheil entrissen werden. Stören jedoch keine Erwägungen, so mag auch der Erbrechtsrichter die Fungibilität bewirken: Pegasus und Ulpian in l. 1 §. 3 si pars her. pet. 5, 4; Dieß hat dann seinen Nutzen. Z. B. (§. 4 ib.) A, Erbe zu $1/2$, besitzt $1/3$; ebensoviel besitzen B und C; B ist Erbe zur andern Hälfte. Ohne jene richterliche Vermittlung müßte A von B und C je $1/6$ einklagen; hernach besitzt A $2/3$; nun verklagt ihn B auf die Hälfte des Anfangsdrittels des A,

und den C auf dessen verbliebenes Sechstheil; am Ende haben Beide ihre Hälfte. Labeo beharrte noch bei dieser langsamen Entwicklung; sein mittelbarer Schüler Pegasus aber ließ bereits die „Kompensation“ gleich großer Erbtheile zu. Also: B antwortet der Klage des A: Da Du $^1/_6$ von mir, ich $^1/_6$ von Dir verlange, so sind wir einander quitt; gehen wir vereint gegen C! Setzt man B und C als Miterben des A, zu je $^1/_4$, so bleibt, nur daß auch C gegen A kompensirt, Alles unverändert, außer daß die Kompensation kleinern Betrag hat und also B und C je $^1/_{12}$ dem A noch erstatten. Vgl. die Scholie: Die Miterben ἦσαν ἄνισοι μὲν κατα γραφήν, ἴσοι δὲ κατὰ τὴν νομήν (nicht: γνώμην. Pellat S. 143 Anm. 1 erklärt trefflich die Entstehung der falschen Lesart. Schrift und Sinn, Wort und Geist).

Die Formel der unbestimmten Theils-Vindikation im Falle der l. 3 §. 2 s. c. muß gelautet haben: Quantum paret in ea massa Auli Agerii esse rell. Vgl. Gai. 4 §. 54. Diese Formulirung war nur zu Sicherung des Klägers gegen die Gefahr, durch Ueberfordern Alles zu verlieren, gestattet. Jene unbestimmte Fassung enthält auch den kleinsten Theil. Und, hat der Kläger auch nicht den geringsten Anspruch, so verliert er nicht durch Ueberfordern den Prozeß.

Deßhalb glaubt Ulpian — l. 1 §. 5 si pars her. pet. 5, 4 — die Regel so fassen zu dürfen: So oft Jemand mit Recht ungewiß ist, welchen Theil er vindiziren mag, ist ihm die Vindikation des unbestimmten Theils zu bewilligen. Z. B. „A und das Kind der B sollen meine Erben sein“. Die B kann nach des Erblassers Tode mit einem todten Kinde niederkommen. — Nicht sagt Ulpian „einen wie großen Theil“; Erbtheile sind nicht einander fungibel.

Ist durch dritte Hand die Unauskennbarkeit meiner aus fremden Sachen begründet, z. B. Getraide Mehrerer schüttete Titius auf einen Haufen, so wird abermals incerti vind. verstattet: l. 5 pr. h. t. 6, 1.

Mechanischer Zusammenhang des Meinen mit dem Deinen, so daß das Meine nicht die Hauptsache ist, genügt im R. R., mir die Eigenthumsklage, bis Lösung erfolgte, unmöglich zu machen. Aber der Besitzer des Ganzen ist schuldig, behufs Lösung das

Ganze vorzuweisen: l. 23 §. 5 ib. Verlor er den Besitz vorher, so kann er als Eigenthümer der Hauptsache das Ganze vindiziren: siehe l. 27 pr. a. r. d. 41, 1, aber falls der Herr der mindern Sache Besitzer ist, kann dieser selbst lösen.[1]) Die Lösungsklage versagt auf verbautes Material (l. 7 §. 10 ib.) und im Weinberg in Gebrauch befindliche Stöcke: l. 1 pr. t. j. 47, 3. Dafür steht Schuldklage — actio de tigno injuncto liest §. 29 J. r. d. 2, 1 und Theophilus — auf den doppelten Marktpreis — l. 98 §. 8 i. f. sol. 46, 3 — zu: l. 6 exh. 10, 4, oder, ohne daß Ersitzung hinderte, Eigenthumsklage nach Lösung: l. 23 §. 7 h. t. 6, 1. Aus Versehen ließen die Kompilatoren den „annus" in l. 59 ib. stehen. Die Stelle hat das Beispiel des habitator, l. 15 pr. usufr. 7, 1 das des Nutznießers. Während der Nutznießer nicht wiederwegnehmen darf, hat freilich nach l. 19 §. 4 loc. 19. 2 ein Miether deßfalls die Kontraktsklage auf Wegnehmendürfen gegen Kaution wegen Nichtverschlechterung der Hauptsache, dieser bekannten Schranke der Ausübung jedes Wegnahmerechts. Und in allgemeinerer Tendenz gewährt ihm die l. 55 §. 1 ib. wegen mindestens nützlichen Aufwands, der dem Herrn nicht ansteht, die gleiche Klage: ad recipienda ea quae impendit. Was tollere unmittelbar ist, weil man besitzt: das ist recipere mittelbar, weil man nicht mehr besitzt. Liegt also ein Vertragsverhältniß auf Treu und Glauben unter, dann ist das tollere u. s. w. vertragsmäßig.

Der Vindikation des Baustoffes nach Einsturz des Hauses steht Ersitzung darum nicht entgegen, weil nur das „Haus" besessen ward, d. h. die aedium universitas, nicht mittelbar dessen Bestandtheile: l. 7 §. 11 a. r. d. 41, 1.

Unhaltbar aber erscheint die leider auch in §. 30 J. r. d. 2, 1 aufgenommene Argumentation der l. 7 cit. §. 12: „Wer auf fremdem Boden wissend (um das Fremdsein) baut, opfert das Eigenthum freiwillig, und hat daher auch nach Einsturz keine Eigenthumsklage". Wie mag man so überstreng eine Handlung deuten, die an sich (in ihrem objektiven Thatbestande) nicht für immer das

---

1) L. 5 §. 1 h. t. 6, 1 läßt es unentschieden, welcher von beiden Stoffen überwiege. Sehr bedenkliche Folgerungen zieht Girtanner in Gerber's u. Ihering's Jahrb. 3 (1858) S. 79 ff. aus dieser Stelle.

Eigenthum aufhören macht? Freilich kann der Schenkungswille nachweisbar sein: c. 2 h. t. 3, 32. Es ist aber durchaus nicht natürlich, mit Schmid §. 10 Anm. 67 „im Falle der mala fides, sofern nur nicht eine nothwendige Verwendung vorliegt, die Absicht, zu schenken, ohne Weitres anzunehmen." Da vielmehr ein solcher Besitzer, wie S. in Anm. 68 i. d. Th. selbst zugiebt, wegen nothwendiger Verwendungen sogar das Ganze retinirt, so fordert die Konsequenz der Impensenskala, ihm für nützliche jus tollendi zu verstatten; daß aber die Vindikation nach Gebäudeeinsturz die Kehrseite des jus tollendi ist, bedarf keiner Ausführung.

Hierzu kommt, daß l. 7 §. 12 cit. und die nachschreibenden Institutionen in Betreff der Impenseneinrede, d. h. des Retentionsrechts, selbst aus bloß nützlichen Verwendungen, nicht einmal gradezu über den bösgläubigen Besitzer den Stab brechen. Es heißt nur: „Ersetzt der Kläger die Unkosten nicht, so kann er auf Grund der doli exceptio den Prozeß verlieren, zumal wenn der Beklagte in gutem Glauben war" (c. 16 h. t. 3, 32) „...; denn, war er bösgläubig, so kann ihm rechtswidrige Gesinnung vorgeworfen werden, weil (oder: darum daß) er frivol gebaut hat auf solchem Boden, den er für fremd erkannte." Hier also kommt Alles auf die Umstände an. Wir erachten, daß keine Frivolität zu finden ist in negotiis utiliter coeptis; die contraria negotiorum gestorum exceptio begründet Retentionsrecht. Hieraus erhellt, daß das jus tollendi, als minimum, allerdings das einzige Rechtsmittel grade des frivol verwendenden bösgläubigen Besitzers ist, und daß, bei Unlöslichkeit des Gebäudes, grade hier nur die Vindikation nach Einsturz erübrigt. Ich zweifle daher nicht, daß Gaius diese Vindikation für die regelmäßigen Fälle nur in der Voraussetzung versagt, daß die Impenseneinrede durchgesetzt und also der Bau bezahlt war, so daß der Grundherr ihn gleichsam käuflich erstanden hat, wie er denn auch in Folge des Prozeßsieges den Besitz des Materials im Hause, und für den Fall spätren Einsturzes als einen selbständigen allerdings empfing.

Ganz allgemein wahr ist folglich der Inhalt der l. 7 §. 2 exc. r. jud. 44, 2:

Wer das Eigenthum eines „Hauses" einklagte, kann, ohne gegen „Ne bis de eadem re agatur" zu verstoßen, „Steine" oder

„Balken" dieſes Hauſes mit beſondren Eigenthumsklagen verfolgen; denn der Eigenthümer des Hauſes iſt dadurch nicht nothwendig auch Eigenthümer dieſer Stoffe. Folglich kann das frembem Hauſe Eingefügte nach der Löſung ſeitens des (allzeit verbliebenen, alten) Stoffherrn vindizirt werden. —.

Gegen den bösgläubig Bauenden als einen fictus (qui d. m. possidere desiit) possessor der Bauſtoffe geht die ad exhibendum actio während das Gebäude noch ſteht: l. 1 §. 2 t. j. 47, 3; d. h.: Will der Kläger das Doppelte nicht, ſo kann er das volle Intereſſe ſchon jetzt realiſiren, wogegen er unter gleicher Willensvorausſetzung gegenüber dem b. f. jungens zuwarten müßte bis der Einſturz den Balken löſte: Puchta Inſt. 2 §. 231. — Und ebenſo kann furtivum tignum, trotz Zahlung des Doppelten, nach Einſturz vom Stoffherrn vindizirt werden: l. 2 ib. Daß die a. de t. j. nur aus furtivum t. zuſtehe — v. Vangerow §. 300 Anm. —, dagegen ſ. Th. 1 §. 13, 2 S. 99ff.; auch Böcking §. 140 §. e Nr. 5 S. 47 redet nur von „frembem" Material. Tignum war der Rechtswiſſenſchaft Stoff jeder Gattung: l. 7 pr. exh. 10, 4.

Beiſpiele der vorbereitenden Löſungsklage bieten §§. 1. 2. ib. Die Klage ſteht gegen Jeden zu, welcher die Sache vorzuweiſen vermag: §. 3 ib. Das Intereſſe des Klägers muß in zwei Zeitpunkten vorliegen: in dem der L. K. und in dem der Verurtheilung: §. 7 ib.

Prozeßort war bis in das neuere Kaiſerrecht auch für Eigenthumsklagen nur (Bethmann-Hollweg, Verſuche über einz. Theile der Theorie des Civ.-Prozeſſes [1827] I) das Domizilgericht des Beklagten. Dieß beweiſt ein Gutachten von Diokletian und Konſtantius in Vat. fragm. §. 326 (v. J. 293). Das Gericht der belegenen Sache ward zur Auswahl des Klägers daneben geſtellt durch Valentinian, Theodos und Arkadius in c. 3 ubi in rem a. exerceri debeat 3, 19 v. J. 385, weßhalb denn auch jenes Stück der vatikaniſchen Fragmente nicht rezipirt iſt:

Actor rei forum ... sequitur;

(Vat. fragm.:
unde perspicis, non eiusdem provinciae praesidem adeundum, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt ... —.

Cod. Just.:)
sed et (ſo auch Bas.) in locis, in quibus res, propter quas contenditur, constitutae sunt, jubemus, in rem actionem adversus possidentem (nicht gegen ficti possessores) moveri.

§. 11. Eigenthumsbeweis.

Der Eigenthumskläger hat ſein Eigenthum zu beweiſen: l. 9 r. v. 6, 1 vv. rem meam esse.

Behauptet alſo der Beklagte Miteigenthum, ſo muß der Kläger behauptetes Alleineigenthum darthun: Arndts im rheiniſchen Muſ. 3 (1829), 12. —.

Indeſſen heißt es in l. 12 prob. 22, 3: Prima fronte [1]) aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur.

Vor Allem gehört hierher die Beweiseinrede, das klägeriſche Eigenthum ſei erloſchen: arg. l. 25 §. 2 ib. c. 1 ib. 4, 19. Rechtliche Zuſtände werden als fortdauernd vermuthet. Verlor z. B. die Ehefrau das Geſchenk des Mannes und vindizirt nach deſſen Tode: ſo muß der Beklagte die behauptete Sinnesänderung des Schenkers beweiſen, nicht die Beſchenkte die Andauer des Schenkungswillens bis zum Tode: l. 22 ib.

Die Kontravindikation im Legisaktionenprozeſſe bedeutete nicht, daß Beide um die Wette Eigenthum zu beweiſen haben. Freilich, bewies der Kläger, ſo zeigt zu jeder Zeit und in jedem Ver-

1) Ganz verſchieden hiervon iſt die ſ. g. „prima facie Kognition" als die Grundlage des ſummariſchen Prozeſſes: Briegleb ſumm. Prozeſſe (1859) S. 169 ff. Sie bedeutet Beſchränkung der Vertheidigung. Grade umgekehrt bewirkt der „prima fronte Klagbeweis" eine Erweiterung, freilich auch eine geſteigerte Belaſtung, der Vertheidigung. Stellen wir alſo im Folgenden ein Ding der letztern Art für Eigenthumsprozeß auf, ſo wollen wir hierdurch vor dem Vorwurf gewarnt haben, als machten wir dieſen Prozeß zu einem ſummariſchen (vgl. Briegleb S. 203); dieſer Vorwurf wäre ein ſtarkes Mißverſtändniß, zu deſſen Möglichkeit allerdings die modern erfundene (B. S. 385 ff. 401 ff.) Beſcheinigungslehre viel beitragen könnte.

fahren der Beklagte den Untergang jenes Rechts um so mehr durch den Nachweis daß er selbst dieses Recht erwarb: c. 16 ib. (Identität des Erblassers und Erben).

Eine Art Kontravindikation, zugleich aber exceptio, ist die Pfandrechtseinrede: c. 10 pign. a. 4, 24. Z. B. in l. 2 q. m. pign. solv. 20, 6 (Gaius zum Provinzialedikte) reichte der Besitzer dem Pfandkläger die Hauptschuldstilgung dar: so wird dem Verpfänder die Eigenthumsklage nur so verstattet daß er zuvor die Deckung der Auslage anbiete.

Die „quaedam probationes, quae a reo exiguntur" bedeuten ebensoviele Erleichterungen des klägerischen Beweises. Mängel des erwiesenen Eigenthumserwerbs, welche nicht schon aus der klägerischen Beweisführung erhellen, hat der Beklagte zu beweisen. Der Kläger beweist den überzeugenden äußern Anschein; der Beklagte, daß dieser Schein im gesetzten Falle trügt, z. B. daß Veräußerung oder Erwerb rechtlich nichtig waren kraft Verbotgesetzes: l. 5 pr. prob. 22, 3, oder daß ein Formfehler hier oder dort vorlag: §. 1 ib., oder Unfähigkeit zu erwerben — c. 11 ib. 4, 19 — oder zu veräußern, z. B. eine Willensunfähigkeit des Veräußerers: c. 5 codicill. 6, 36. Denn es genügt, daß der Erwerb auf den ersten Anblick, auch in diesem Sinne „prima fronte", als ein gehöriger sich darstelle: bis das Gegentheil erwiesen wird: cap. 16 X praesumptt. 2, 23.

Um so mehr hat der Beklagte den Erfolg innerer Beschränkungen — z. B. Eintritt von Vor- und Rück-Wirkung — des klägerischen Eigenthums, so daß dieses jetzt nicht mehr bestehe, darzuthun: vgl. l. 9 prob. 22, 3. Z. B. der Erbe beweist dem vindizirenden Legatar das Eingreifen des falzidischen Gesetzes: l. 17 ib.

Zum äußern Schein des Erwerbs von Mündelgut gehört das Dekret.

Beim Beweise des Eigenthums durch Ersitzung mehren sich solche Beweiseinreden: Z. B. arg. l. 13 §. 2 Publ. 6, 2: Agerius zeigt Ersitzung aus Kauf. Regidius lehrt, daß A. vom Unmündigen erwarb. A. beweist, daß Vormund und Dekret mitwirkten. N. legt dar, Jener war nicht der ächte Vormund. A. rettet den guten Glauben durch Nachweis entschuldbarer Annahme der Vormundseigenschaft.

Dennoch petitor probat quod intendit. In der legis actio kontravindizirt der Beklagte. Mußte also auch dieser beweisen? Dann wäre das „relativ bessere Recht" Sieger geworden. Und doch stand „Eigenthum" in Rede. Der Kläger, wird man sagen, behauptete zuerst, also beweist er zuerst. Aber, beweist er nicht, so bedarf es keines beklagtischen Beweises; warum also hieß es nicht statt Kontravindikation „Nego hanc rem tuam esse"? Offenbar, weil zunächst auch der Besitz streitig war, vgl. l. 8 §. 5 i. f. si serv. vind. 8, 5: Das Interdikt uti poss. steht zu, falls Jemand verhindert wird beliebig das Seinige zu gebrauchen. — Bis der Besitz dem Einen zuerkannt ist, darf von Verschiedenheit der Partheirollen nicht gesprochen werden. Hernach erst hieß es: „Quando tu injuria vindicavisti rell.": Dieß ist der eigenthümliche Rechtsboden des Beklagten. Daher stand in der jüngern formula petitoria nur: Si paret, fundum Agerii esse, condemna; si non paret, absolvito: Cic. in Verr. 2, 12 §. 31.

Die Römer kannten keinen s. g. juristischen Beweis. Nirgends in den Quellen ist angegeben, wann der Eigenthumskläger dem Richter mit Beweis genuggethan habe. Soviel ist klar, daß außer der justa causa der Erwerb selbst — i. d. R. also die Besitzübergabe zu Vollzug der causa — dargethan werden mußte, um Beweis und Intention schlüssig zu stellen. Wer die Virginia, Hand auflegend, ansprach, begründete Dieß so: „serva sua natam servamque esse": Liv. 3, 44.

In dieser Hinsicht ist die im kompetenten Titel enthaltene l. 77 r. v. 6, 1 Ulpians wichtig:

Ein Weib schenkte ein Grundstück — also eine mancipi res — brieflich einem fremden Manne — denn Nichtigkeit läge vor, falls dieser ihr Ehegemahl wäre —, und pachtete daffelbe von ihm (tacitum constitutum possessorium): so kann die Behauptung vertheidigt werden (grade so drückt sich, für den Fall eintretender auflösender Bedingung einer Schenkung auf den Todesfall, l. 29 m. c. d. 39, 6 gleicher Aufschrift aus), daß (Publicians, auch directa, ohne ex jure Quiritium, da Manzipation versäumt war) in rem actio ihm zusteht, „quasi per ipsam" — denn sie detinirt für ihn — „acquisierit possessionem veluti per colonam"; im gesetzten Falle überdieß war er — sie war brieflich anwesend — gerade

auf dem Acker, der im Begriff ſtand ihm geſchenkt zu werden, als der Brief an ihn ausgehändigt wurde (emitteretur); dieſer Umſtand in Verbindung mit den oben dargeſtellten genügt auch ohne die Pachtberedung den Beſitz zu übertragen — ſowie er umgekehrt, da dieſe Beredung vorliegt, als unweſentlich erſcheint.

Den Briefinhalt dichtet Stephanus Schol. 171: „Wiſſe, daß ich Dir den Acker geſchenkt, und daß derſelbe bei mir in Zeitpacht verbleibt gegen den jährlichen Zins von ...“. „Ἐπὶ χρόνου“ überſetzt Zachariä falſch „in annum“; ganz verkehrt ſupplirt Pellat S. 394 Anm. 1 „τοσούτου“.

Hier folgt der Beſitzwille der räumlichen Berührung nach. Umgekehrt, überlaſſe ich meinem Detentor das Eigenthum: ſo übertrage ich den animus, das corpus hatte er ſchon: l. 9 §. 5 a. r. d. 41, 1. Durch den hinzutretenden Pachtvertrag iſt Beides gehäuft: der Detentor wird Eigenthümer, die Detention übernimmt der bisherige Zivilbeſitzer. So ſagt §. 44 I. r. d. 2, 1: Dulde ich, daß die Sache Dein ſei, ſo ſteht Dieß der ſinnlichen Uebergabe behufs Eigenthumsübertragung (eo nomine) gleich. Mochte aber die entwickelte und von der Scholle gelöſte Wiſſenſchaft die Tradition noch ſo geiſtig auffaſſen: der Prozeßfall der l. 77 cit. zeigt, daß vor der Jury die genaueſten Verhandlungen und Beweisaufnahmen im Eigenthumsprozeſſe ſtattfanden darüber, ob aus dem Derivativtitel „übergeben“ worden ſei. Der Kläger zeigt dem Richter den Brief; er beruft ſich auf ſeine damalige Anweſenheit auf dem Gute. Bevor er beweist, behauptet der Gegner die Irrelevanz; der Rechtsgelehrte ſuppeditirt dem Kläger ſein Relevanzgutachten. Zwar die Schenkerin war abweſend. Aber ich kann z. B. die Früchte meines Baumes meinestheils übergeben durch die Erklärung: Geh'! Hole ſie Dir! Wenn ich nicht grade vor Vollzug des Holens hindernd einſchreite, ſo iſt übergeben. Ob nun jene Erklärung — formlos wie ſie iſt — mündlich oder ſchriftlich, unter An- oder Abweſenden, erfolgte, kann Nichts ändern. Der Beſchenkte ſtand auf dem Acker, als er den Brief empfing, las, und ſeinestheils den Empfang der darin enthaltenen Tradition geiſtig vollzog. Gleichgültig war alſo nur, daß die Frau Pächterin wurde. Dieß jedoch wird wichtig, falls dem Manne der Beweis ſeiner damaligen Anweſenheit auf dem Gute mißlingt.

Denn dann war und blieb das corpus bei der Frau, nur der animus rem sibi habendi und der Zivilbeſitz wechſelt. Indem nämlich die Frau zur Rolle einer Detentrix ſich erniedrigt, beſitzt ſie nunmehr dem Manne, der folglich das Grundſtück ſo wenig geſehen zu haben braucht wie wenn er daſſelbe durch einen Bevollmächtigten erworben hätte. Der Bevollmächtigte allerdings muß körperlich ergreifen, jene Frau aber braucht nicht grade auf dem Gute zu ſein, welches ſie ja bereits beſitzt und in ſchwächerer Bedeutung zu beſitzen fortfährt.

In andrer Hinſicht für die Beweisfrage wichtig iſt der von Skävola in l. 67 h. t. 6, 1 begutachtete Prozeßfall: Jemand kaufte das Haus eines Mündels von deſſen Vormund. Nach beiderſeitigem Vollzug der Leiſtung eingezogen, ließ er durch einen Zimmermann Ausbeſſerungen vornehmen; der Zimmermann fand dabei Geld oder ſonſtige Werthe. Wem gehören dieſe? Dem alten Eigenthümer der Werthe ſelbſt, der ſie verloren und vergeſſen; ſubſidiär liegt ein Schatz vor und findet die bekannte Lehre vom Schatzerwerb ihre Anwendung. Der „Schatz", ſagt Paulus in l. 31 §. 1 a. r. d. 41, 1, iſt gewiſſer Maaßen eine, vor Alters geſchehene, Hinterlegung von Geld und Geldeswerth, worüber Nichts ermittelt iſt; ſo daß man ſagen kann, jenes Gut ſei ſchon herrenlos, habe ſeinen Eigenthümer verloren; denn alſo wird, was Niemand als ſein Eigen anſprechen kann (alterius sit, nicht est), des Finders. Freilich, hat Jemand (erweislich) aus beliebigen Beweggründen — nur nicht um zu verzichten — Jenes unterirdiſch verborgen, dann iſt es kein Schatz, ſondern ſelbſt Gegenſtand für Furtum.

Der Finder iſt im Beſitz; er braucht nicht zu zeigen, daß der Schatz rechtlich ächt ſei; er braucht gar Nichts zu zeigen. Der Vindikant vielmehr muß darthun, nicht nur, daß man den angeblichen Schatz hier verborgen und vergeſſen habe, ſondern daß grade er ſelbſt oder ein auf ihn unmittelbar oder mittelbar führender Erblaſſer Dieß that, und daß dieſer Verlierer oder Deponent Eigenthümer war. Den letztren Umſtand — das Eigenthum — braucht man natürlich nicht für jede Klage gegen den „Finder" (z. B. Publiciana), ſondern nur für die hier allein in Rede ſtehende Eigenthumsklage darzuthun.

Allgemein heißt es in Novelle 18 Kap. 10, der Eigenthumskläger müsse auf das beklagtische Abläugnen seines Eigenthums hin dasselbe durch die gewöhnlichen Beweismittel — genannt werden Urkunden und Zeugen — beweisen. Nicht dieses ist neu, sondern nur die Bestrafung des überführten Beklagten: es soll — unter Fortdauer des Prozesses wegen der Exzeptionen — der Besitz direkt übertragen werden. Dieß geschieht zum Theil auch wegen der schweren Mühe, die durch die Chikane dem Kläger aufgebürdet ward: nämlich daß er sein Eigenthum zu beweisen hatte obwohl dasselbe dem Beklagten bekannt war.

Eigenthum beweist man durch den Erwerbsnachweis. In l. 23 pr. h. t. 6, 1 „In rem actio competit ei, qui ... dominium acquisivit.“ steht „competit“ abermals im Sinne der Beweisrelevanz. „Qui aut jure gentium aut j. civili dom. acq.“: Beides konnte quiritisches Eigen sein, wie z. B. der Kauf, juris gentium, Ziviloblgationen zeugt. Uebrigens begründete auch bloß bonitarisches Eigen das Eigenthumsklagrecht: l. 41 §. 1 h. t. 6, 1. Loca sacra und religiosa sind auch nach jus gentium herrenlos. Auch aquilische Klage ist gegen Grabstättenzerstörer unbrauchbar, nicht aber interdictum quod vi aut clam. Zerstörer ist auch wer eine Bildsäule herausnimmt. Aber, si (statua) neque adplumbata fuit neque affixa, an pars monumenti effecta sit, an vero maneat in bonis nostris? Das Interdikt greift Platz, denn sie gehört zum Grabmal, wie die Aschenurne (der Sarg): l. 2 pr. sepulcro viol. 47, 12. Divini juris sind die Interdikte ne quid in loco sacro fiat und quod factum est restituatur, speziell de religione die Interdikte de mortuo inferendo und de sepulcro aedificando: l. 2 §. 1 ii. 43, 1. Sie ersetzen die versagte Eigenthumsklage: §. 2 ib. So stehen sie dem Herrn des Grundstücks zu: l. 1 §. 2 mort. inf. 11, 8. Es giebt Leute, welche, unberechtigt und also unvermögend einer Stätte die Religiosität beizulegen, dennoch das Interdikt auf Einbringung der Leiche durchsetzen können, wofür sie freilich entschädigungspflichtig sind; so der Grundherr entgegen dem Nutznießer, ebenso der Eigenthümer eines bloßen Bruchtheils. Denn Leichen brauchen Gräber, und religiöse Interessen gehen den Privatrechten vor: Papinian l. 43 rel. 11, 7.

Aus der Zeit der Aufhebung des ordo judiciorum privatorum ſtammt eine kurze und ſorgſam geſchriebene Stelle, welche klar darthut, daß der Eigenthumskläger ſeine (Eigenthums-) Behauptung zu erfüllen, d. i. zu beweiſen habe, und daß Dieß die Bedingung des Klägersſieges ſei, ſo ſehr, daß vorher gar nicht gefragt werden dürfe, ob und wie weit der Beklagte gerechten Grund des ſeine Paſſivlegitimation begründenden Beſitzes gehabt habe: c. 28 h. t. 3, 32. Grade ſo ſtand es im Formularprozeſſe, da das materielle Zivilprozeßrecht ſich nicht änderte. Nur der Erbrechtsbeklagte muß antworten, ob er mit oder ohne Univerſaltitel (pro herede, pro possessore) beſitze, oder gar nicht univerſell. Dieſe aus ältrer Zeit ſtammende Beſonderheit der Erbrechtsklage (Stephanus Schol. 24) erklärt ſich daraus, daß gegen den aus Spezialtitel Beſitzenden die Univerſalklage gar nicht zuſteht. Sonſt aber, alſo ſtets gegenüber der Eigenthumsklage, cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est.

Wenn nun der Kläger relativen Eigenthumserwerb darthat, der Beklagte die Beweiseinrede entgegenſtellte „Dein Auktor war nicht Eigenthümer" (oder „die Sache war nicht herrenlos"): muß hierauf der Kläger das Auktorseigenthum beweiſen, oder iſt dieſer Beweis erſt dann erforderlich wenn auch der Beklagte zeigte ſelbſt wohlerworben zu haben? Die Konſequenz (vergl. Briegleb ſumm. Proz. [1859] §. 45) begünſtigt die erſtre Meinung, ſo ſehr daß es nicht einmal der Beweiseinrede bedürfte. Eigenthum iſt behauptet, alſo zu beweiſen; relatives Eigenthum iſt ein Unding. Eine Rechtsvermuthung, daß der jeweilige Eigenthumsverfüger Eigenthümer war, giebt es nicht; in der That wäre ſie eine zu Gunſten des jeweiligen Beſitzers redende, und alſo würde der Beklagte ſie durch ſeinen jetzigen Beſitz paralyſiren, der Kläger aber als Nichtbeſitzer keinen Anſpruch darauf haben. Die Uebergabe — ſo ſpricht Ulpian in l. 20 pr. a. r. d. 41, 1 — darf und kann dem Empfänger nicht mehr zuwenden als der Geber hat. Wie viel übergehen ſoll, beſtimmt der immanente Konſens. Folglich, aus Eigenthumsvertrag, übergiebt Jener das Eigenthum, falls es ſein war; war es nicht ſein, ſo überträgt er rechtlich — Nichts.

Dennoch iſt der Zweck dieſer Stelle keineswegs die Normirung der prozeſſualiſchen Eigenthumsbeweislaſt, ſondern

1) die Aufrechterhaltung des Dritteigenthums, die Kennzeichnung des absoluten Rechts —

2) die Abläugnung, daß etwaige dingliche Spezialrechte wie z. B. Pfandrecht, die dem Eigenthumsgeber ohne Eigenthum wirklich zuständen, durch Eigenthumsvertragsvollzug übergingen.

Ganz irrig wäre es ferner, der Ansicht, wonach der Eigenthumskläger das Eigenthum seines Auktors zunächst nicht zu beweisen habe, eine Identifizirung der publizianischen Klage mit der direkten Eigenthumsklage vorzuwerfen. Denn die Beweiseinrede „Dein Auktor war nicht Eigenthümer" findet gegen die Publiziana gar nicht statt, da der Richter hier gar nicht Eigenthum erkennen soll und kann.

Daß aber eine Jury den Eigenthumsbeklagten, nachdem der Kläger mit saurem Schweiße bereits seinen Erwerb bewiesen,[1]) noch fürder habe ruhig läugnen lassen, daß der Klägersauktor Eigenthum gehabt, ohne daß jener Beklagte seinerseits sich zum geringsten Beweise erbot: das ist — zumal für die Zeit vor Einführung der Publiziana — mehr als man sich überreden lassen kann. Der Beklagte hat seinen Titel noch nicht einmal genannt, der Kläger seinen Erwerb relativ bewiesen. Daß der Beklagte seinen Titel nicht zu nennen brauche, geht auf die Einlassung, nicht auf das Beweisverfahren. Wenn Kläger und Jury angesichts solcher systematischen und leicht chikanösen Hartnäckigkeit unwillig werden, wenn sie fragen „Wer bist denn Du, und wie bist Du

---

1) Fritz Erläutrr. zu Wening (1833) 1 S. 297 ... 301 fordert den strengen Eigenthumsbeweis. Man könnte, meint er, sonst durch einfache Veräußrung, ja nur durch deren Simulation, den zu verklagenden Besitzer in eine schlimmere Lage versetzen. A ist Nichteigenthümer und hat keinen Auktor; er veräußert an B; so ist der Besitzer C gegenüber dem Kläger B nach der freiern Beweislehre übler daran als er gegenüber dem Kläger A sein würde. Dieses Argument ist fein, doch schießt es über das Ziel hinaus, indem es die Publiziana ebensowohl trifft, bei welcher das Genügen des Beweises von relativem Erwerb außer Streit ist und dennoch jene Machination gleichgut zu Grunde liegen kann. Tröſten wir uns damit, daß im neuern R. R. A erst besitzen muß, um in gewöhnlicher Weise „Eigenthum" auf B übertragen zu können. Der öffentliche Akt der alten Manzipation und In Jure Zession aber gestattete sofortigen Widerspruch des aktuellen dritten Eigenthumsbesitzers.

zu der Sache gekommen, daß Du dem Kläger, der ordnungsmäßig zur Sache kam, beſtreiteſt, daß er dadurch Eigenthümer geworden ſei?" wer kann es verdenken? Der Geſchworne entſcheidet auf ſeine gewiſſenhafte freie Ueberzeugung. Die Klage nach jenen Vorgängen zu verwerfen weil der Kläger das Auktorseigenthum nicht zeigen kann, das wäre äußerſt hart geweſen, zumal da der Rechtsweg nur einmal offenſtand. Aber wir dürfen auch nicht vergeſſen, daß in der Legis Aktio beide Theile poſitiv Eigenthum behaupteten. Hieraus konnte, trotz der inzwiſchen erfolgten Scheidung der Partheirollen, die Jury genug entnehmen, um in dem angedeuteten Stadium des Beweisverfahrens vom Beklagten einen ſolchen Beweis zu verlangen, welcher Jenen dem Kläger in rechtlicher Behauptung der Sache einſtweilen wieder ebenbürtig erſcheinen ließ. Allerdings ſollte die Jury immer dann freiſprechen, wenn ihr das Eigenthum des Klägers nicht einleuchtete; aber, ganz abgeſehen davon daß ſich das Gewiſſen und das Einleuchten nicht rechtlich zwingen laſſen, ſo wußte die Jury doch auch und mußte von jedem Standpunkte aus zugegeben werden, daß ſie nur zwiſchen den Beiden zu entſcheiden habe. Unſre Quellen ſagen nirgends, daß zum Eigenthumsbeweis aus Derivativtitel Beweis der Erſitzung oder des Auktorseigenthums vorgeſchrieben ſei; es iſt ſehr unwahrſcheinlich, daß die Jury Dieß überall verlangte; das Schweigen der ſonſt in Folgerungen ſo ſcharfen Wiſſenſchaft iſt beredt. Welche Lücke in der Rechtsordnung wäre erſt durch die Publiziana ausgefüllt worden! Die Publiziana iſt nicht vom Himmel gefallen, ſondern den Ergebniſſen der judiziären Praxis durch den kontrollirenden Prätor abgelauſcht. Dagegen, daß der Beklagte im angedeuteten Stadium des Beweisverfahrens den Erſitzungsbeweis verlangte, empörte ſich das Gefühl des Geſchworenen, und er ſprach, nach fruchtloſen Aufforderungen an den Beklagten, vorerſt ſich gleichfalls über titulirten Erwerb auszuweiſen, das Endurtheil für den Kläger. Ließ ſich aber der Beklagte lieber auf den Beweis ein, daß der Auktor des Klägers nicht Eigenthümer war, ſo traf dieß Erbieten die Rechtsfrage, der Beweis mußte alſo verſtattet, ſein Gelingen mit Freiſprechung gekrönt werden — und doch mochte der Beklagte leicht kein titulirter Beſitzer ſein. Dieſer Inkonvenienz half die Erfindung der Publiziana ab: hier wird nicht Eigenthum ſondern

nur Erwerb behauptet, ein relativ ordnungsmäßiger Erwerb, der diese Beweiseinrede nicht zuläßt, also den Beklagten auf den einzigen Ausweg beschränkt, sein dem Kläger ebenbürtiges Verhältniß zur Sache zu zeigen, um als aktueller Besitzer obzusiegen.

Daß ein Römer nicht leicht die direkte und die publizianische Klage in eventum häufte, läßt sich nur daraus erklären, daß auch in erstrer Klage das Eigenthum des Auktors selten in Frage kam. Der Beklagte mußte ebenfalls seinen gutgläubigen Besitz darthun — dann scheiterte die Publiziana —, oder er mußte das Nichteigenthum des klägerischen Auktors zeigen — das war in den seltensten Fällen möglich und hätte stets hingezeigt auf den dritten wahren Eigenthümer, welcher dann sofort mittelst eigner Klage dem Einredenden die Frucht der Einrede entriß, einer Klage, welche den Einredenden als konstatirten bösgläubigen Besitzer um so härter traf. Selbst die für ein großes neues Prinzip mehrfach zu beschränkte Fassung des Edikts erhärtet, daß dasselbe einer kleinen prozessualischen Frage seine Entstehung verdankte, und der Funke erst viel später zur Flamme gedieh: L. 1 pr. Publ. 6, 2:

„Si quis id, quod traditur ex justa causa (Klägersbeweis) non a domino (Beweiseinrede) et nondum usucaptum (Beweisreplik der Ersitzung im Eigenthumsprozesse) petet, judicium dabo.“

In jure soll der Kläger sich entscheiden, will er direkt oder publizianisch klagen. Traut er sich zu, nöthigenfalls die Ersitzung darthun zu können, so gebietet die Vorsicht ihm, jene Klage vorzuziehen, da leicht möglich der Beklagte publizianisch besitzt und in jure auf deßfallsige Frage keinen Bescheid zu geben braucht. Praktischer ist die moderne Kumulation. Es ist aber heut zu Tage räthlich, wo man nicht sicher ist über die Natur des beklagtischen Verhältnisses zur Sache, diese Kumulation vorzunehmen.

Nicht darf man uns allgemeine Aeußerungen entgegenhalten wie Diokletian's und Maximian's Reskript in c. 28 h. t. 3, 32. In dieser Stelle will der Eigenthumskläger dem Beklagten dessen Titellosigkeit beweisen, oder verlangt gar vor eigenem Beweise die Titelangabe. Beides ist verwerflich. Zunächst vielmehr muß der Kläger seine Rechtsbehauptung, seinen Anspruch beweisen. Wieviel vorerst hierzu genüge, sagt das Gesetz nicht. Aber es giebt Vermuthungen, welche den Beweis erleichtern und

erfüllen, z. B. die daß das entstandene Recht noch bestehe; und doch liegt die Intention im Zeitpunkt der Streitbefestigung. Da das Gesetz Solches nicht ausschließt, wie sollte es Andres ausschließen, was, ohne grade ausgesprochne Rechtsvermuthung zu sein, doch auf die moralische Ueberzeugung der Jury einwirken mußte, und was bei Einführung der Regel des extraordinären Prozesses unverändert bleiben mußte mit der innern Natur des judiziären Amtes, denn auch das neueste römische Recht kennt keinen s. g. juristischen Beweis.

Die c. 28 sagt: der Umstand allein, daß der Beklagte unberechtigt ist, macht den Kläger nicht siegen. Es kann der Beklagte Eigenthümer sein, ohne gleichwohl titulirt zu besitzen. Aber nicht einmal der Beweis des beklagtischen Nichteigenthums hilft dem Kläger. Leicht möglich ist der Kläger auch Nichteigenthümer. Warum also sollte Jener grade Diesem, der doch nicht melioris condicionis ist, die Sache herausgeben müssen? Daß nun das Gesetz nur von titelloſem Besitz, nicht vom Nichteigenthum des Beklagten redet, möchte die Bedeutung des positiven „nonnisi suam intentionem implenti“ für den zunächst und vorher erforderlichen Klägersbeweis an die Hand geben. Jedenfalls bleibt dieses Verständniß möglich.

Ebensowenig steht Karakalla's Reskript in c. 2 prob. 4, 19 entgegen. Auch hier ist das Hauptgewicht darauf gelegt, daß der Beklagte nicht zu beweisen brauche. Zunächst beweist der Kläger. Wieviel? ist nicht gesagt. Auch ist nicht ausgeschlossen, daß, je nachdem der Kläger Etwas bewies, der Beklagte irgend einen Beweis führen müsse. Der Ausdruck des Gesetzes, daß, bei Beweisfälligkeit des Klägers, das Eigenthum beim Beklagten verbleibe, ist nicht ungenau, so wenig der Beklagte um deßwillen Eigenthümer zu sein braucht. Eigenthum und Sache sind, im Eigenthumsprozesse zumal, identisch. Der Ausdruck lehrt, daß von Eigenthumsklage die Rede ist. Ebensowenig aber als dort der Beklagte Eigenthümer zu sein braucht: ebensowenig bedeutet die klägerische Beweislast „rem ipsius esse“, daß der Kläger von vorn herein wirklich sein Eigenthum zu beweisen habe.

Indessen, ist auch der Beklagte titulirter Besitzer, dann erübrigt dem Kläger nur der Eigenthumsbeweis selbst. Dieser Be-

weis ist nicht immer schwierig; so ist z. B. der vom Fiskus Erwerbende auch dann Eigenthümer, falls der Fiskus selbst Nichteigenthümer war: §. 13 I. u. 2, 6 (c. 2. 3. quadr. praescr. 7, 37).

Für unsre Frage irrelevant sind Stellen, welche nur aussprechen, vor Empfang könne ein Käufer nicht vindiziren: l. 50 pr. h. t. 6, 1 c. 27 ib. 3, 32; denn wir können und dürfen daraus kein argumentum a contrario ziehen. Dennoch vermögen wir im Anschluß an den Käufersfall einige Belehrung über unsre Frage zu gewinnen. Jene Uebergabe nämlich überträgt das Eigenthum erst falls der Kaufpreis gezahlt, gesichert, oder kreditirt ist oder wird: l. 19. 53 c. e. 18, 1 c. 15 h. t. 3, 32 c. 2 §. 1 quadr. praescr. 7, 37 §. 41 I. r. d. 2, 1. Nirgends jedoch steht, daß der ohne Preiszahlung u. s. w. käuflich Empfangende aus Besitzverlust kein Eigenthumsklagrecht habe. Eigenthümer ist er nicht. Dennoch mag er im Eigenthumsprozeß obsiegen, falls ihm kein Zahlungsbeweis gegen den dritten Beklagten obliegt. Diese Negative behaupte ich; s. die Literatur bei Glück 8 S. 157. Ich berufe mich auf die Publiziana. Diese Berufung muß ausreichen, da der ganze Unterschied beider Klagrechte in der Vollendung oder aber dem bloßen Beginn der Ersitzung besteht, jedenfalls aber der empfangende Käufer erst seit Preiszahlung auch zu ersitzen beginnt. Darf ihm also als publizianischem Kläger gleichwohl der Beweis geleisteter Zahlung nicht aufgebürdet werden: so muß Dasselbe vom direkten Eigenthumskläger gelten, so oft gegen den Nichtauktor vindizirt wird. Denn gegen den Auktor (dieser klagt im Reskriptsfalle der c. 12 prob. 4, 19) verläßt uns die Parallele, da die innern Gründe wegfallen und mindestens die rezipirte Publiziana in der Regel nicht gegen den Eigenthümer zusteht. Nun sagt aber Gai. libr. 7. ad ed. prov. in l. 8 Publ. 6, 2: De pretio vero soluto nihil exprimitur; unde potest conjectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit. Man kann den Grund zwar nicht darin finden, der Beklagte dürfe sich nicht auf das Recht eines Dritten stützen. Hier vielmehr scheint er vom Kläger ein nothwendiges Eigenthumsbeweisstück zu fordern. Indeß ist doch nur der Auktor befugt, den Preis zu realisiren, er kann den Preis nicht fordern, er kann das betreffende Klagrecht verjähren lassen; will er den Preis und zahlt der Käufer nicht,

so vindizirt Jener die Sache, am Bequemsten vom Käufer, und selbst aus dessen Konkursmasse; grade im Konkursfall zeigt sich der Werth des Eigenthumsklagrechts. Jedenfalls beweist die Rezeption der l. 8 cit., daß der Kläger die Preiszahlung nicht darzuthun braucht; Gaius, wie der Prätor, geht behutsamer zu Werke, um das Gewissen der Jury nicht zu bedrängen. Die Fälle können praktisch ungleich sein. Z. B. der Beklagte hatte den Preis verbürgt. Ja, in einem Falle, welcher für uns von höchstem Interesse ist, sagen die Quellen ausdrücklich, der publ. Kläger müsse die Zahlung beweisen: L. 2 exc. r. v. et tr. 21, 3: A empfängt von B käuflich Eigenthum des C. Nachdem er den Preis bezahlt, beerbt B den C und überträgt käuflich dasselbe Eigenthum an D. Er wird also mittlerweile irgendwie den Besitz wieder bekommen haben. Die Billigkeit fordert, A vor D zu schützen, denn er hätte selbst gegen B die exceptio der Titelrubrik resp. die actio Publiciana — l. 72 h. t. 6, 1 l. 4 §. 32 d. m. exc. 44, 4 —, letztre mittelst der replicatio der Titelrubrik gegen Eigenthumseinrede.

Es haben sich für die ächte Eigenthumsklage demnach folgende glaubhafte Resultate ergeben:

Prima fronte zeigt der Eigenthumskläger lediglich Dasjenige, was ein publizianischer Kläger einzig und allein beweisen darf. Thut dagegen der Eigenthumsbeklagte seine par condicio dar, so muß der Kläger den vollen Eigenthumsbeweis führen. War aber Publiziana erhoben: dann ist durch jenen beklagtischen Beweis das Beweisverfahren insoweit erledigt, als nicht sonstige Repliken, wie namentlich rei venditae et traditae, in jure vorgeschützt waren.

Die Einrede ist dominii exceptio, und doch genügt auch hier prima fronte Nachweis publizianischen Erwerbs.

Kaiser Severus Alexander gutachtet in c. 4 prob. 4, 19: Proprietatis dominium non tantum instrumento emptionis, sed et quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur. Zu „probationibus“ ergänze „emptionis“. Die Gegensätze sind „instrumento“ und „aliis“. Wer Eigenthum beweisen soll, zeigt zunächst genügend den titulirten Erwerb. Hier ist die Urkunde nicht das einzige Beweismittel. Selten wurde damals der Kauf ohne Urkunde geschlossen. Aber der Kaufbrief mag verloren sein. Nie ist er gesetzlich Perfektionszeichen, stets nur „ein“ Beweismittel. „Wer“

also „irgendwie käuflichen Erwerb darthut, zeigt sein Eigenthum.“ Prima fronte! Der Kläger that seine Schuldigkeit; erst beklagtische Nachbeweise spornen ihn zu Mehrerem.

Wie wenig „Aio hanc rem meam esse“ von vornherein in den Derivativerwerbsfällen den Ersitzungsbeweis fordre, beweist der Umstand, daß auch ein bloß publizianischer Kläger auf zugeschobenen Haupteid schwört „rem suam esse“: l. 7 §. 7 Publ. 6, 2 cf. l. 9 §. 7 l. 11 pr. jurej. 12, 2. Also auch, falls der Eigenthumskläger titulirten Erwerb zeigt, scheint zunächst die Bedingung der petitorischen Formel einzutreffen „Si paret rem Agerii esse“.

Entschieden verwahren wir uns gegen die Herbeiziehung der l. 35 §. 4 c. e. 18, 1: „Wird dem Verkäufer die Waare gestohlen und ist nicht wieder zu erlangen, so muß Jener dem Käufer mindestens die sachverfolgenden Klagrechte des Eigenthums und Diebstahls abtreten. War also die Waare Dritteigenthum und ist folglich solche Zession undenkbar, so muß der Verkäufer das Kaufinteresse vergüten.“ Die Summe der Verbindlichkeiten eines Verkäufers konzentrirt sich in tradere und Einstehen für habere licere. Kann, nach obigem Diebstahl, der Verkäufer dem Käufer Erwerbstitel überweisen, so genügen dieselben dem Käufer jedenfalls zur Erhebung der petitoria actio cessicia, denn, wer selbst gutgläubig dem Diebe abkaufte, ist wegen der objektiven Unersitzbarkeit dem publizianischen Kläger nicht gewachsen. Auch die Publiziana ist eine rei vindicatio, auch dem publizianisch Berechtigten steht furtiva condictio zu. Wäre aber die Sache an den wahren Eigenthümer gekommen, oder klagte derselbe später gegen den Käufer der mit Publ. cessicia vorher durchdrang: dann kommt es durch Realisation der dominii exceptio oder rei vindicatio zur Entwährung und zum Entwährungsrückgriff — Prästation des habere licere, wie die Zession das tradere ersetzte falls der Verkäufer die Gewahrsam nicht versäumt hatte. Das Eine leuchtet ein: Nur der nichtbesitzende Eigenthümer kann das Eigenthumsklagrecht abtreten; aber, wie Dieß für die Beweislast des Eigenthumsklägers entscheiden soll, ist unbegreiflich.

Noch weniger folgt aus l. 11 §. 2 a. e. v. 19, 1: „Die Lieferung und der diesseitige Empfang der Waare vom Verkäufer

erhebt den Käufer zum Eigenthümer, falls der Verkäufer bisher Eigenthümer war; entgegengesetzten Falls entsteht die Haftbarkeit des Verkäufers für Entwährung."

Es ist überflüssig, noch mehrere Stellen — s. z. B. Mühlenbruch Pand. §. 272 — von den Vertretern der gemeinen Meinung behufs Widerlegung zu beleuchten. Die Römer wußten noch Nichts von der „diabolica probatio" des Eigenthums, dagegen erklären sie, die furtiva condictio stehe nur dem Eigenthümer zu. Welcher unsrer Gelehrten ist schroff genug, vollen Eigenthumsbeweis hier zu verlangen? Besonders nach Betrachtung von §. 14 I. aa. 4, 6: denn auch die Publiciana ist eine „petitorische" Klage. Und doch findet sich in den von jener Kondiktion handelnden Titeln in Pandekten und Kodex keine Spur davon, daß dem publizianischen Besitzer als solchem die Kondiktion erstreckt worden wäre. Dieß nun läßt sich mit der gemeinen Meinung, will man sie volldurchführen, nicht reimen; unsre Ansicht dagegen findet so die stärkste Stütze. Wir sagten: Zum Eigenthumsbeweise genügt die Darlegung relativen Eigenthumserwerbs so lange bis der Beklagte parem condicionem nachwies; Letzteres ist durch klägerischen Beweis des Diebstahls unmöglich geworden. Weil bis zur vitii purgatio Niemand publizianischer Besitzer werden kann, kann also Niemand den, seinen rel. Erwerb nachweisenden, Kondizenten zu einem Mehrbeweise zwingen. Somit war es kein Bedürfniß, die Kondiktion dem „publizianischen Berechtigten" zu geben, da er sie durch jenen Anfang von Eigenthumsbeweis ohnehin hatte; sonst hätte man Dieß um so gewisser gethan, als man die Kondiktion selbst dem bloßen Pfandgläubiger zugestand. Einen strengen Beweis dieser Ansicht liefert wiederum der Fall der Virginia, wo der Eigenthumskläger sich darauf beschränkt, zu behaupten, das Mädchen sei in seinem Hause — d. h. von seiner Sklavin — geboren und von da weggestohlen worden: Dieß werde er beweisen: Liv. 3, 44. Die Unbilligkeit, die in diesem Prozesse allerdings stattfand und welche sich der Dezemvir und der Kläger erlaubten, liegt nicht hierin, sondern in dem Besitzmandat.

Ein Eigenthumsbeklagter, sofern er sich auf den gleichen Auktor stützt, darf quellenmäßig das Eigenthum dieses Auktors auch dem Kläger nicht bestreiten. Die gemeine Meinung der Neuern

dagegen läßt den Beklagten Nichts beweiſen, bis der Kläger ſein Eigenthum vollbewies. Z. B. h. z. T. erhebt A Eigenthumsklage und reklamirt als Erbe des B die erbſchaftliche Sache von C, welcher dieſelbe von B als Geſchenk empfangen haben will. Unſre Gegner wenden ein: C braucht ſeinen Titel nicht zu nennen. Aber mancher ehrliche Mann wird Dieß dennoch vorziehen, und mancher Kläger wird nachweiſen, daß hierauf der Beſitz und die ganze Rechtsprätenſion des C beruhe. Unſre Gegner müßten ſagen: Da die Rechtloſigkeit des Beklagtenverhältniſſes zur Sache im Eigenthumsprozeſſe Nichts verſchlägt, ſo kann allerdings C das Eigenthum des B, ſomit des A, in Abrede ziehen. Somit müßte Beweisfälligkeit des Klägers *über dieſen Punkt* auch dann die Freiſprechung zur Folge haben!? Anders wenn publizianiſch geklagt wäre! Beſſer jedoch iſt, daß wir uns hüten, das Recht zu verkünſteln, und den Rechtsbeirath ehrlichen Klägern unentbehrlich zu machen; daß wir uns hüten, die Erfindung des Prätors Publizius zu hoch anzuſchlagen und den ältren Zuſtand als einen durchaus unpraktiſchen zu kennzeichnen. Tragen wir Sorge, das „Aio hanc rem meam esse ex jure Quiritium“ nicht anders zu verſtehen wie „Ich behaupte, das Eigenthum *erworben* zu haben durch bürgerliche Erwerbsform“, z. B. durch In Jure Zeſſion, wobei nicht die *Vorausſetzungen* eingeſchloſſen ſind, am Wenigſten die, daß man, um Jenes wahrzuhalten, ſofort auch das Eigenthum des Auktors zeigen müßte. Und doch führt Alles, was unſre Gegner anführen können, auf den nackten Satz zurück: Wer Eigenthum behauptet, muß Eigenthum beweiſen. Doch keine Quellenſtelle ſpricht aus, daß der aus Derivativtitel klagende Eigenthümer das Eigenthum ſeines Auktors reſp. ſeine Erſitzung zu zeigen habe. Hominis praesumptiones ziemen einer Ziviljury. War der Erwerb in der Ordnung, der Veräußerer unverdächtig, und beharrte nun der Beklagte bei Schweigen und Läugnen: dann ſcheint es Rechtsungelehrten klar, daß er verurtheilt werden muß. Dieſes natürliche Reſultat zu erzielen, bedurfte es nicht eines neuen (prätoriſchen) Rechtsſatzes. Erſt h. z. T., bei dem beſtändigen Erforderniß „juriſtiſchen“ Beweiſes, iſt es nöthig die Beweislaſt zu *normiren*; das kann in der That auf der römiſchen Grundlage geſchehen; hier erſtarken hominis zu juris praesumptiones. Dieß nehmen wir

für unsre Vermuthung des Eigenthums des Auktors nicht in dem gewöhnlichen Sinne der Zulässigkeit nur des Gegenbeweises: sondern, da der Beklagte nun einmal besitzt, lediglich als eine interimistische Rechtsvermuthung, nämlich bis der Beklagte seine gleiche Lage darthat. Hernach schützt den Kläger keine Vermuthung mehr: nun muß er den Ersitzungsbeweis erschwingen.

Unter so bewandten Umständen ist es erfreulich, zu bemerken, daß selbst unsre Gegner in Mehrzahl das Resultat ihrer vermeintlichen Logik nicht gern anzunehmen scheinen. Man lese z. B. Mühlenbruch a. a. O., und Thibaut 8. Ausg. §. 707 Anm. y; Literatur über unsre Streitfrage s. bei Schmid §. 15 Anm. 145. In Wetzells „röm. Vindikationsprozesse" (1845) habe ich nach einer Ausführung über unsre Frage vergeblich gesucht.

Der magere Trost, der uns — z. B. von Puchta §. 168 Anm. c — wie ein Almosen zugeworfen wird, ist die Berufung auf die Ersitzung. Vgl. Gesterding, Eigenthum (1817) S. 360 ... 2. Freilich, wäre diese nicht, so könnte man aus der Ansicht unsrer Gegner in den meisten Fällen gar nicht Eigenthum beweisen. Wir nun wenden den Spieß, und berufen uns darauf, daß eine Ansicht unhaltbar sein muß, welche den Beweis des regelmäßigsten Rechtsverhältnisses auf eine nicht so ursprüngliche, überdieß singuläre positive Satzung stützt. Es giebt genug Naturrechtsgelehrte, welche die Ersitzung wegschaffen wollen. Diesen erwidert man: „Wie wollt Ihr hernach Eigenthum beweisen?" Nach unsrer Ansicht mögen sie immerhin repliziren: „Nur nach Eurer vorgefaßten Meinung ist Dieß hernach oft unmöglich." So gut es eine älteste Zeit gab, in welcher man Eigenthum und keine Ersitzung kannte: so gewiß muß Eigenthumsklage und Beweis in allen Fällen sich auch ohne Ersitzung denken lassen. Zwar wissen wir nicht, wie zwischen beiderseits titulirten Erwerbern die Jury weiter vorschritt; doch ist es das Einfachste, anzunehmen, daß sie auf auctorum auctores beiderseits zurückging, so lange bis die wahre Berechtigung des Einen vor dem Andern sich offenbarte. Stellte sich Solches nicht positiv für den Kläger heraus, so blieb der Beklagte freizusprechen. Die kühnste Hypothese unserer Gegner ist aber die, die Ersitzung sei recht eigentlich zu dem Ende eingeführt worden, das Eigenthum beweisbar zu stellen. Wir nehmen

Akt davon, daß sie nicht ursprünglich im Rechte galt, und fragen nur: „Wie half man sich denn vordem?“ Das Uebrige ziehen wir in Abrede. Die Ersitzung soll ursprünglich dem Besitzer einen peremptorischen Schutz gegen die Eigenthumsklage gewähren; erst folgeweise, da Jener selbst nun Eigenthümer ist, hat er selbst auch im Falle spätern Besitzverlustes die Eigenthumsklage. Also ist die Ersitzung Erwerbsform, wie Manzipation und In Jure Zession ehedem Dieß waren. Ein Eigenthumskläger bewies den Erwerb mittelst letztrer Formen; Dieß war ein prima fronte ausreichender Beweis. Die Zuthat des Ersitzungsbeweises konnte nur die Ungewißheit des Richters heben, welche entstand, falls der Beklagte darthat, auch ihm sei manzipirt u. s. w. worden, also „auch er sei dominus im Sinne des Klägersbeweises.“ Es ist offenbar, daß auch ein Ersitzungsbeweis des Beklagten den vorgängigen Ersitzungsbeweis des Klägers austilgt. Beide Partheien sind gleichberechtigt; nur ziemt dem Kläger überall die Initiative.

Aus diesem Gesichtspunkte würdigen wir den Ausspruch des Gaius zum Provinzialedikt: L. 1 u. 41, 3:

Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam (nicht: mancipi: arg. die Inskription) rerum diu et fere semper incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

Agerius vindizirt, Negidius kontravindizirt, das Jus wickelt sich ab, der Judex tritt in Funktion. A. zeigt, daß er das Eigenthum relativ erworben. N. zeigt von sich das Gleiche. A. zeigt von seinem Auktor das Gleiche; ebenso darauf N. So geht es in's Endlose aufwärts, bis graues Alterthum seine nachtgleichen Schatten auf die Beweisführung wirft, — und Nichts mehr erhellt. Darum sanktionirten die Zehnmänner Roms die Ersitzung — zunächst zu Gunsten des beklagten Besitzers. Hatte Dieser nämlich nachweislich ein resp. zwei Jahre besessen, so konnte der Kläger nachher nicht mehr mit dem Nachweis eigner mittelbarer Auktoren gehört werden. Vorausgesetzt war, daß Beide ihren unmittelbaren Auktor bereits dargethan hatten. Erste Voraussetzung, Voraussetzung zur Erhebung des ganzen Prozesses, aber war, daß N. besaß. Daher „Usus (et) auctoritas fundi biennium ... esto.“ Daher die

Begründung bei Gaius. Lehrreich ist die Mehrzahl „dominia“, d. s. die beiderseits geführten Beweise relativen Erwerbs in ihrem Resultat der Ungewißheit des Richters wer von Beiden den Vorzug verdiene. Diesen Vorzug regelt das Gesetz. „Quarundam rerum“ bedeutet „in gewissen Fällen, hinsichtlich der hier vindizirten Sachen.“ Solche Fälle waren nicht die Regel; sehr häufig hat der Beklagte keinen Titel. —. Ferner half das Gesetz ebensowohl einem Kläger, welcher Ersitzung nachwies, entgegen einem Beklagten welcher nicht gleich stark war. Wir betonen indeß, daß das alte feste Recht keine accessio possessionis auctorum definirt hat; auch hier finden wir nur die aequitas, d. h. das freiere Ermessen der Ziviljury, als Quelle angegeben. Wäre aber die Ersitzung um des von unsern Gegnern unterstellten Zweckes willen eingeführt worden, so müßte diese accessio ein von Anfang in ihr Gebotnes gewesen sein. Die Publiziana wählt ein Kläger, welcher den Titel darthun kann, nicht aber die Ersitzung vollendet hatte. Die Fixirung der accessio poss. auctorum ist auch jünger als die Publiziana. Das Interdikt wählt ein Kläger, welcher auch den Titel nicht darthun kann, sondern lediglich — besaß. Natürlich zieht man die Besitzklage, um der Bequemlichkeit der geringeren Beweislast willen, der Rechtsklage auch dann vor, falls man nach Lage des Beklagten damit ausreicht. Ebenso natürlich zieht man unter den Rechtsklagen die publizianische der direkten vor, falls man sicher ist, der Beklagte besitze nicht publizianisch; denn dann ist der Beklagte mit keinen Gegenbeweisen gegen das Eigenthum des Klägersauktors zu hören. Es besteht also der Vorzug eines Erwerbers vom Fiskus grade darin, daß seine direkte Klage nicht der Einrede aus dem Nichtrecht des Fiskus unterliegt, sollte selbst der Beklagte der richtige frühere Eigenthümer sein; also die Voraussetzungen der Publiziana auf klägerischer Seite begründen hier direkt Eigenthum.

Als Justinian längere Ersitzungsfristen einführte, ist auch nicht im Entferntesten dem Gesetzgeber hierbei in den Sinn gekommen, den Eigenthumsbeweis zu erschweren. Freilich waren mittlerweile die accessiones poss. auctorum erstarkt, welche der Kaiser legalisirt; aber es bliebe seltsam, falls wirklich der Ersitzungsbeweis in erster Linie für den Eigenthumsbeweis in Betracht käme, daß der so redselige Kaiser diesen Punkt auch nicht auf das Leiseste berührt.

Indem v. Vangerow §. 332 Anm. 1 die Anſicht unſrer Gegner vertritt, glaubt er ſogar die Unbilligkeit unſrer Meinung zeigen zu können. „Um dem Kläger eine ihm von Rechtswegen aufliegende Laſt zu erleichtern, beſchwert man den Verklagten mit dem offenbar nicht weniger diaboliſchen Beweiſe, daß einer der Auktoren des Klägers nicht Eigenthümer geweſen ſei.“ Vgl. Unterholzner Arch. f. d. ziv. Praz. 7 [1824], 13. Wir zweifeln, daß der hier bekämpfte Thibaut (Archiv f. die ziv. Praxis 6 [1823], 15) die Sache ſich ſo vorſtellte. Jedenfalls iſt es nicht das, was wir annehmen. A. zeigt den Erwerb. Beweiſt nun N. das Gleiche, ſo muß A. ſeine Erſitzung zeigen. Bewies aber N. Nichts derart, ſo mag er darlegen, daß dem Auktor des A. das Eigenthum fehlte; Dieß wird dann abermals durch Erſitzungsbeweis kraftlos. So iſt die Lage des Beklagten die leichtere, da nicht auch dem Kläger der Beweis von Nichteigenthum des beklagtiſchen Auktors freiſteht, weil er ſein Recht, nicht das Nichtrecht des Gegners darthun darf und muß.

Mit vollem Recht aber widerlegt v. Vangerow die v. Tigerſtröm'ſche Anſicht, welche zu bodenlos iſt, um jetzt noch erwähnt zu werden. Die „Beweisſtellen“ T.'s ſind nur dadurch z. Th merkwürdig, daß bei Eigenthumsklagen aus Derivativtitel daſelbſt des Erſitzungsbeweiſes nirgends gedacht wird.

Am Wenigſten theilen wir die Meinung (Henſchel im Arch. f. ziv. Praz. 9 [1826], 16), wonach die direkte und die publiziani ſche Klage zuſammenfallen, und deßhalb zwar noch in den Pandekten, nicht aber mehr im Kodex (ſ. darüber v. Falkenſtein im Arch. f. ziv. Praz. 10 [1827], 11 S. 244 Anm.), der Publiziana ein beſonderer Titel gegönnt ſei. Wir finden den Unterſchied beider Klagen darin, daß der publizianiſch Beklagte nicht das Nichteigenthum des Klägers zeigen darf, wogegen er andererſeits durch Beweis ſeiner par condicio den Prozeß ſofort gewinnt.

Wir ſchließen mit den Worten Schömanns, H. B. des Zivilrechts II (1806) 3 S. 50: „In Betreff des Eigenthumsbeweiſes in derivativen Erwerbsverhältniſſen muß uns eine vernünftige Theorie der Vermuthungen leiten“.

§. 12. Vertheidigung.

Der gegenwärtige Eigenthümer hat Eigenthumsklagrecht auch gegen Eigenthumsanwärter.

Ist beispielsweise ein Verlöbniß eingegangen und mit Beziehung auf die Erfüllung der Ehe die Mitgift vorausbezahlt — nämlich in dem Sinne, daß der Mann Eigenthümer sei unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Ehe nachfolgen werde —: so begründet 1) die Kündigung des Verlöbnisses seitens der Braut direkt wirksames Eigenthumsklagrecht gegen den Mann; 2) ohne Kündigung, steht ebenfalls vor Bedingungseintritt die Eigenthumsklage ipso jure zu, indeß, da der Geber den Erfolg abzuwarten geschäftlich schuldig ist, so ist hieraus eine peremptorische Einrede zu entnehmen: l. 7 §. 3 j. dot. 23, 3.

In allen Fällen der Vorwirkung hat der Zwischenherr Eigenthumsklagrecht auch gegen den Anwärter bis die Vorwirkung erfolgt: l. 66 h. t. 6, 1 l. 4 §. 3 in diem addict. 18, 2. Zwischenherr ist z. B. der, unter der Bedingung „falls nicht die Waare binnen x Tagen besseres Angebot finde", käuflich Empfangende. Die Beibringung bessern Angebots bewirkt Wechsel (Translation) des Kaufes: §. 4 ib. = l. 11 §. 10 qd vi aut clam 43, 24. Besseres Angebot aber ist zunächst höherer Preis, dann auch leichtere oder raschere Zahlung, mehr geeigneter Ort oder Person: leichtere Bedingungen, z. B. Abstehen vom Verlangen einer Realkaution in Garantie der Waare. So kann der Preis selbst niedriger sein, falls gewichtigere Lasten dem Verkäufer erlassen sind: l. 4 cit. §. 6, und ist überhaupt der überwiegende Nutzen des Verkäufers, mag er übrigens bestehn worin er will, der einzige zuverlässige Faktor §. 5 ib. Und somit genügt ein falscher, sowie ein nicht besser bietender Zweitkäufer keineswegs.

Anders geartet ist die Bedingung, „falls die Waare dem Käufer nicht wird mißfallen haben": hier bleibt das Eigenthum auch nach Bedingungserfolg dem Käufer: arg. l. 3 q. m. pign. solv. 20, 6.

Der Erfolg der Vorwirkung giebt das Eigenthumsklagrecht unmittelbar dem bisherigen Anwärter. Z. B. l. 13 pr. pign. a. 13, 7: A versteigert das Pfand und schließt mit dem Ersteigerer

B den Nebenvertrag, daß dem den Preis erſtattenden Schuldner freiſtehen ſolle, ſein Eigenthum zurückzunehmen. Leiſtet der Schuldner den Preis, ſo fordert er ſein „Eigenthum“ zurück. —. Oder: eine Waare iſt gekauft, der Preis kreditirt, aber beſtimmt, daß, falls dieſer Preis binnen gewiſſer Friſt nicht getilgt ſein werde, der Käufer ſeiner Anſprüche aus dem Kaufe verluſtig ſein ſolle (Verfallvertrag — lex commissoria). Die Waare iſt übergeben. Bei Verfall hat der Verkäufer alternatives Wahlrecht zwiſchen Eigenthums- und — da er ſein Recht aus der l. comm. nicht auszuüben braucht — Schuld-Klage. Vgl. Alexander's Reſkript in c. 4 pp. int. empt. et vend. 4, 54. Auch iſt Diokletian's Ausſpruch in Vat. fragm. §. 283 „Ad tempus proprietas transferri nequit“ in juſtinianeiſcher Rezeption als c. 2 don. quae s. modo 8, 55 in das Gegentheil verkehrt worden.

Was von Vorwirkung, Daſſelbe gilt für die Perſon des Eigenthumsklagberechtigten vorher und nachher ebenſo von Rückwirkung: l. 41 pr. h. t. 6, 1. Dieſe Stelle umfaßt beide Fälle:

1) Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione: post allatam condicionem jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus .... —. Beide Nebenverträge haben lediglich verſchiedne Ausdrucksweiſe für den nämlichen Sinn; die erſtre iſt die unzweideutigere. Dagegen eine ganz andere Art Vertrag enthält Alexander's Reſkript in c. 2 pp. int. empt. 4, 54; eine dingliche Klage iſt hier verſagt, m. R., da wiederum nur das perſönliche Mißfallen, und zwar dießmal des Verkäufers, vorbehalten iſt.

2) Si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest; postea non poterit. —. „Adjectio“ scil.: ad pretium facta; ſchlecht iſt die Variante „addictio“ — vgl. l. 4 §. 1 in diem addict. 18, 2 —, denn die addictio iſt als betagte von Anfang da. —. In unſrer Stelle iſt, was die in d. a. keineswegs immer bedeutet: l. 2 pr. ib., das Geſchäft ſofort wirkſam, die Bedingung eine auflöſende, nicht eine hinausſchiebende, alſo der Fall gemeint, welchen l. 2 cit. §. 1 näher behandelt. Dafür ſteht techniſch „pura emptio, sed quae sub condicione resolvitur“ im Gegenſatz zu „(ſuspenſiv) condicionalis emptio“.

„Sub condicione emptio facta“ in l. 2 §. 2 pro empt. 41, 4 bedeutet also einen aufschiebend bedingten Kauf.

Während die auflösende Bedingung schwebt, hat der Bedingtveräußernde als bloßer Anwärter kein Eigenthumsklagrecht: l. 29 m. c. d. 39, 6. Zögernd gibt ihm als dem Rückerwerber nach Bedingungserfolg Ulpian hier die dingliche Klage; — doch giebt er sie. Dieselbe Folge für den gleichen Fall (Schenkung auf den Tod des Schenkers) scheint Paulus in l. 35 §. 3 ib. indirekt anzunehmen:

Qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium (einen unbenannten Kontrakt) gerit, scilicet ut, quum convaluerit, reddatur sibi. Nec **dubitaverunt** Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta, propter hanc rationem, quod ea, quae dantur, aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam aut ut L. Titius, aut ut aliquid optingat; et in istis condictio sequitur.

Obwohl P. grade die Ansicht für veraltet erachtet, daß nur Kondiktion zustehe, so ist ihm doch die Fortdauer des Kondiktionsrechtes noch neben der neuern Vindikation praktisch. So giebt er in l. 12 c. c. d. c. non sec. 12, 4 die Kondiktion im gleichen Falle und bemerkt, sie richte sich auch auf Frucht — l. 38 §. 3 usur. 22, 1 — und Zuwachs. Ganz unbedenklich ist, auch für Juristen welche die Vindikation generell verwerfen, deren Zulassung speziell unter Ehegatten, da eine zwischen ihnen geschehene Schenkung absolut nichtig ist, falls sie als Schenkung auf den Todesfall nicht bestehen kann. Stirbt hier also z. B. der Beschenkte vor dem Schenker, so tritt jedenfalls Nichtigkeit, und als ihre zweifellose Folge Vindikation ein. In diesem Sinne beschließt Papinian die l. 52 §. 1 don. i. v. et u. 24, 1: „Quo casu inter exteros condictio naseitur, inter maritos nihil agitur.“ Dadurch wird die Fortdauer des Zweifels, ob auch inter exteros Vindikation entspringe, konstatirt; nicht auch, daß P. diesen Zweifel theile. Er hebt nur den Fall unter Ehegatten aus dem Gebiete der Streitfrage heraus. —. Jeder unbenannte Kontrakt erzeugte zwei alternative Schuldklagrechte: auf Rückforderung, auf Gegenleistung. In unsrem Falle sind Gegenleistung und Vorempfangenes einander gleich. Vgl. l. 18 §. 1 m. c. d. 39, 6: „condictio aut in factum

actio.“ L. 30 ib.: „Aus Reue entſpringt cond. vel utilis a.“ Der Zuſammenhang mit l. 29 deſſelben Ulpian lehrt, daß mindeſtens Juſtinian unter dieſer utilis eine in rem actio verſteht. Iſt der Beſchenkte in Konkurs, ſo ſteht alſo jedenfalls dem Schenker, der auf den Todesfall ſchenkte und bereute u. ſ. w., ein ſ. g. Separationsrecht wie ex jure dominii zu. Ob auch eine dingliche Klage gegen den dritten Erwerber, dieſe Frage dürfen wir nach Lage der Quellen nicht bejahen.

Verwendungen des Beſitzers auf die Sache muß der Kläger, um zu ſiegen, erſetzen. Dieß gilt nicht von ſolchen Verwendungen, welche durch den mittlerweilen Beſitzesgenuß bereits gedeckt ſind; vorzüglich vermindern Fruchtimpenſen die Frucht ſelbſt. Ebenſo war die Koſt des Sklaven durch deſſen Dienſte gedeckt; aber, war der Sklave noch ein Kind, deſſen Dienſte nicht in Betracht kommen, ſo ſind auch die Alimente zur Impenſeneinrede allerdings brauchbar: l. 4 §. 9 d. exc. 44, 4.

Sind die Verwendungen nicht grade nothwendige, ſondern nur nützliche: ſo iſt der Weg der Einrede der einzig offne, jede ſelbſtändige Klage auf Erſatz verſagt: l. 14 ib.

Zum Erſatz kommen nur die Unkoſten, nicht die vielleicht viel beträchtlichere Werthſteigerung, welche die Hauptſache durch den in ſie geſteckten Aufwand genoß. Z. B. bei Bauten nur der Preis der Stoffe und die Summe der Arbeitslöhne: §. 30 J. r. d. 2, 1. Und nach dem Vorbilde dieſes Falles richten ſich (§. 32 ib.) Ausſaaten in fremden Boden, (§. 33 ib.) Schreibereien auf fremdes Pergament u. dgl. In all dieſen Fällen wiederholt auch Juſtinian die Bemerkung „zumal bei gutem Glauben des Verwendenden u. ſ. w.“

Eine Klage ſteht immer dann zu, wenn nicht durch meine Handlung die Verwendung meines Stoffes in die fremde Sache geſchah (Witte: Bereicherungsklagen [1859] S. 5. 305 ... 12), wenn ich alſo als Nichtbeſitzer des Ganzen auch zur Impenſeneinrede keine Gelegenheit hatte. Jedoch für dieſe Klage und ſtatt derſelben hat im Falle der abvulsio, welche zu einer advulsio durchdrang, die Vindikation ſtatt, bis die Landſtücke mit einander verwuchſen. Der Verlierer konnte vindiziren: ſein Unterlaſſen ſtraft

ſich an ihm ſelbſt. Die in factum actio iſt nur Surrogat von unſtatthafter rei vind. und ad exhib. a.; wo letztre Klagen ſtatthaft waren, kann jene nicht entſpringen. Wir halten dieſe Auffaſſung für natürlicher, als die von Schmid §. 10 S. 126 vertretene Unterſcheidung künſtlichen und natürlichen Zuwachſes. Wir ſtehen mit Arndts §. 152 Anm. Nr. 4 h: Jener hätte den Verluſt durch zeitige Rückforderung abwenden können. Bei der Alluvion iſt darum keine Entſchädigung zu leiſten, weil man das Grundſtück durch gehörige Abdämmung gegen den Fluß hätte ſchützen können. Die Umwandlung meines Grundſtücks in ein Bett des öffentlichen Fluſſes endlich läßt Niemanden erſehen, den ich verklagen könnte: denn hier iſt mein Eigenthum überhaupt in keines Andern Eigenthum untergegangen.

Der ehemalige Herr der Leinwand, welche im Gemälde ihre rechtliche Selbſtändigkeit verlor, kann den Erſatz des Werthes der Leinwand ſogar mittelſt utilis in rem a. fordern: §. 34 I. r. d. 2, 1. Dieſe Klage iſt eine rei vind., der Gegenſatz zu der dem Herrn des Gemäldes zuſtändigen recta oder directa r. v.: l. 9, §. 2 a. r. d. 41, 1. Ganz verkehrt urtheilt Schmid §. 10 S. 158, die recta r. v. werde abgewieſen, falls dem Kläger die „Koſten der Malerei“ (?!) erſetzt würden, oder es dem Maler bekannt war, daß er auf fremdem Material malte; Schmid läßt alſo den utiliter Berechtigten vielmehr den Voranſpruch auf den Beſitz der Sache haben. Hiergegen ſtellt Arndts §. 152 Anm. Nr. 4 d das Richtige wieder her: Da der Maler die Leinwand ſeinem Eigenthum unterwarf, ſo muß der Voranſpruch auf das körperliche Behalten des Ganzen in natura ihm und ſeinen Rechtsnachfolgern zuſtehn. Die utilis r. v. bedeutet nur: in rem a. des Leinwandherrn, a. contra quemcunque (pieturam) possidentem auf Erſatz des Preiſes der Leinwand, ſo, daß, falls der Erſatz nicht erfolgt, Kläger dagegen bereit iſt den Mehrwerth des Gemäldes zu erſetzen, ihm allerdings das Eigenthum in der Vollſtreckung zufällt. Können oder wollen Beide nicht erſetzen, ſo erfolgt ein Theilungsverfahren.

Ebenſo „De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit ..., Varus et Nerva utilem in rem a. dabant“ wird von Ulpian l. 5 §. 3 h. t. 6, 1 nur angeführt um zu beſtätigen daß das coaluisse

Eigenthumsübergang wirkt, daß utilis r. v. Beweis von Nichteigenthum iſt. Daher denn eine andre Stelle die Vindikation im gleichen Falle gradezu verneint und darunter die recta r. v. verſteht, da die utilis ganz andern Zweck hat: Ulp. l. 9 §. 2 d. i. 39, 2: Auch Alfenus ſchreibt, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum, eamque (mittelſt r. v.) petas: dandum in te (mittelſt exceptio) judicium de damno jam facto; und Dieß billigt Labeo, da die Jury ohnedieß nicht in ihrer Macht haben würde auf dieſen Schaden Rückſicht zu nehmen. Daher iſt nun die r. v. nur ſo zu geben, und auch nur ſo daß Alles wieder weggenommen werde. Dagegen verſagt Alfen die Vindikation ſeit coaluisse; ebenſo beim Baume; ſeit dem coaluisse hat der Grundherr auch keine negatoriſche Klage mehr.

Mit Recht ſagt Schmid S. 152: „In keinem Falle kann Der, dem das Eigenthum an dem Baume zuſtand, deſſen Trennung vom Boden erzwingen.“ Aber, aus dem vorgefaßten Irrthum heraus wonach auch eine utilis r. v. nur hierzu zu führen vermöchte, deutet nun Schmid in der Anmerkung den Satz des Varus ganz willkührlich auf den ſ. g. fingirten Beſitzer, welcher dolos zu beſitzen aufhörte.

Retentionsrecht erfordert Konnexität; eine Ausnahme macht das ſ. g. beneficium Gordiani, in c. un. etiam ob chirogr. pec. pign. ten. 8, 27.

Eine Wirkung des Beſitzes iſt das Retentionsrecht nie. Nicht immer ſetzt es, um ausgeübt werden zu können, Beſitz voraus. Andrer Meinung iſt Mühlenbruch §. 136 und die Meiſten. Aber z. B. A verkaufte die Waare z an B; ſo lange der Preis unbezahlt iſt, kann A vindiziren und mittelſt replicatio nondum adimpleti contractus ſiegen; wir ſetzen voraus, daß B nicht durch Empfang von z in Vollzug des Kaufs den Beſitz bekommen hatte.

Eine Art der Selbſthülfe iſt das Retentionsrecht ebenſowenig, ſondern, gerichtlich begründet, hemmt es den verurtheilenden Richterſpruch nach Maaßgabe der Geſetze. Andrer Meinung iſt wiederum Mühlenbruch §. 135: „Als indirekte Einſchränkung des Verbots der Selbſthülfe läßt ſich der pſychologiſche Zwang anſehn, wodurch man den Gegner nöthigt, entweder von ſeiner Fordrung oder Vertheidigung abzuſtehn, oder das zu thun was man von ihm

verlangt. Dahin gehört das Retentionsrecht." Hier ist Alles richtig und römisch, außer dem Gesichtspunkt der indirekten Einschränkung des Verbots der Selbsthülfe.

Puchta Pand. §. 94 erklärt sich gegen Mühlenbruch. Er behandelt das Retentionsrecht unter den Einreden, und zwar als Art der zu den Rechts- — Gegensatz: Prozeß- — Einreden zählenden s. g. generalis doli exceptio. Er verwirft m. R. die ältre Ansicht, das Retentionsrecht sei als eine Singularität auf die im geschriebenen Recht vorkommenden Beispiele beschränkt, — indem er dasselbe vielmehr begreift als diejenige doli exc., welche der Beklagte (wir fügen bei: auch der Replikant u. s. w.) aus Gegenansprüchen hat, falls diese mit dem auf Herausgabe (wir fügen bei: oder Behalten) der Sache gerichteten Anspruch des Klägers (...) konnex sind. Vgl. Cramer ziv. Arch. 37 (1854), 12: Wer ein Rechtsverhältniß zu seinen Gunsten anführt, der muß dasselbe auch gegen sich gelten lassen.

Diese Stellung des Retentionsrechts ist systematisch unbefriedigend. Ebensogut könnte und müßte man z. B. Eigenthum und Sachdienstbarkeiten unter der Lehre von den dinglichen Klagen vortragen. Besser daher ist das Retentionsrecht gewürdigt von Böcking, welcher dasselbe im allgemeinen Theil unter Ausübung und Schutz der Rechte, speziell als eins der Erhaltungs- und Sicherungsmittel der Rechte betrachtet. Aber auch er setzt Detentation (, nicht Besitz, oder gar Eigenthum, m. R.,) voraus, damit man retiniren könne. Sprachlich scheint Dieß exakt; wäre es aber sachlich richtig, so müßte das Retentionsrecht dennoch eine Wirkung des Besitzes in weiterm Sinne — freilich unter sonst hinzutretenden andern Voraussetzungen — sein, und man sieht nicht ein, wie bloßer Zufall, bloße Thatsache, einen so außerordentlichen Vorzug begründen dürfte. Nur giebt es Retentionsrechte, welche lediglich Exzeption, nicht auch Replikation erzeugen. Ob hierher auch die utiles impensae des b. f. possessor in publizianischem Sinne zählen, ist sehr zu bezweifeln. Zwar, versäumte er die Einrede, oder erstattete den Besitz freiwillig: so steht ihm — abgesehen von In Integrum Restitution und den besondern hierzu zu führenden Beweisen — kein Rechtsmittel mehr zu, sollte er selbst später wieder in den Besitz kommen: arg. l. 51 cond. ind. 12, 6.

Kam jedoch die Sache sonstwie in den Besitz des Herrn zurück, so ist der nothwendige Prozeßgang: Publiciana actio, dominii exceptio, replicatio doli, Oblation der sumptus. Jeder Impendent ohne publizianisches Recht ist freilich von dieser Aktion abgeschnitten, da ein direktes Klagrecht auf Ersatz nützlicher Impensen als Regel versagt bleibt.

Wir unterschreiben Böcking's Wort (§. 129 g): Alle wirkliche Selbsthülfe ist unerlaubt.

Wir stehen endlich auf quellenmäßigem Boden, wenn wir das Retentionsrecht ein faustpfandähnliches, eine schwächere Rechtsform, eine niedrigere Stufe zum Pfandrecht nennen. Vgl. Dernburg Kompensation S. 13...6. Nur hat der Retinent kein Distraktionsrecht, obwohl dennoch die Umstände, besonders da wo eine Unfähigkeit der Parthei zum baaren Ersatz nachweislich ist, zur Theilung hindrängen. Vgl. l. 11 nox. a. 9, 4: N. empfing den Sklaven des A., der ihn beschädigt hatte, zur Sühne (noxae) von dessen jetzigem gutgläubigem Besitzer. A. vindizirt. Doli exceptione submovebitur, vel officio judicis consequetur ut indemnis maneat.

Der Dieb, sowie ein gleich strafbarer Immobiliarbesitzer, haben nicht einmal retentionsmäßig Anspruch auf Ersatz selbst nothwendiger (c. 1 inf. exp. 8, 52) Impensen: l. 13 cond. furt. 13, 1; das bloße tollere ist übrigens auch ihnen nicht zu versagen, doch findet alles jus tollendi bekanntlich nur soweit statt als es sine dispendio domini (l. 37 h. t. 6, 1) auszuüben ist.

Zu Erreichung der Retentionseinrede wird Niemand als gutgläubiger Besitzer vermuthet; er muß vielmehr seinen guten Glauben, d. i. hier wie in der Fruchtlehre: die Entschuldbarkeit seines irrigen Dafürhaltens daß er Eigenthümer sei, zeigen. Diese Ueberzeugung muß wankend werden, sobald gegen ihn Eigenthumsklage erhoben ist, sollte gleich der Streit noch nicht befestigt sein. Macht er also hernach lediglich nützliche Verwendungen, so hat er rücksichtlich derselben nicht das volle Recht des gutgläubigen Besitzers, d. h. nicht den Anspruch auf Prozeßsieg entgegen dem ersatzweigernden Kläger. Wohl aber ist ihm die doli exceptio insoweit zu verstatten, als der Richter, im Falle er dem Kläger in der Hauptsache Recht giebt, dem Beklagten jenen Ersatz berechnungsgemäß

vorbehält und somit für die Exekutionsinstanz ein Retentionsrecht schafft. Vgl. Paul. l. 27 §. 5 h. t. 6, 1: In rem petitam (seit Insinuation) si possessor ante litem contestatam (wenn später, so kann keine Exzeption mehr inserirt werden, wohl aber tritt das officium judicis ein) sumptus fecit, per d. m. exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus.

Dieselbe Stelle fährt fort: „Idem est etiam, si noxali judicio servum defendit, et damnatus praestitit pecuniam", —. D. h. der Sklave X, im Besitze des B, verletzt den C. C verklagt den B. Dieser, statt den X zur Sühne zu geben, übernimmt die Vertheidigung. Mittlerweile vindizirt der Herr des Sklaven, A, gegen B; vor der L. K. in diesem Prozesse wird in jenem Prozesse B dem C verurtheilt und zahlt. Daraus schöpft er obige doli exc. gegen A.

— „aut in area, quae fuit petitoris, per errorem insulam aedificavit," —. Man sollte meinen, der Eigenthumsbeklagte habe sich vor Allem solchen Bauens zu enthalten. Demnach ist die Stelle von einer Verwechselung des Platzes zu verstehen. Der Beklagte meint, aus, möglicher Weise entschuldbarem, Irrthum, ein andrer, von ihm gleichfalls besetzter, Platz sei vindizirt; er baut auf dem wirklich vindizirten. Auch der Kläger ist an der Verwechselung unschuldig, da er Namen und Lage nannte. Die entscheidenden Aufklärungen finden sich ohnehin erst in der Litiskontestation selbst.

— „nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium." —. Gewöhnlich wird, falls der Kläger die Sache gehörig bezeichnete, der Beklagte dieselbe aus unentschuldbarem Irrthum verwechseln. Das ist noch lange kein Betrug. Die Mittelstellung, falls der Kläger das tollere erlaubt, bewirkt den Verlust der Arbeitslöhne; diese gewinnt ja nun auch der Kläger nicht. Eine Mittelstellung nimmt auch der beschenkte Ehegatte ein:

— „Quod et in area uxori donata per judicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt." — Doch bedarf es hier keiner Betrugseinrede, denn dem rei uxoriae arbitrium war schon nach Cizero's (de off. 3, 15 §. 61) Zeugniß ein „quod aequius melius" zugesetzt.

— „Sed si puerum meum, quum possideres, eruditisses, non idem observandum Proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam, nec potest (tollendi) remedium ... adhiberi ....“ —. Der Kläger ſagt, der Sklave war mir lieb durch ſeine Natürlichkeit; ich hätte auf ſeine Erziehung Nichts verwendet, ich bin gar nicht vermögend genug ſoviel an einen Sklaven anzulegen; ich müßte ihn geradezu ſofort wieder verkaufen Deine Rechnung zu bezahlen. — Dieſe Einwendungen können an ſich gewiß nicht einem gutgläubigen Beſitzer entgegen gehalten werden. Dort jedoch ſind die Impenſen geſchehen, nachdem der Kläger all das Seinige gethan hat: er klagte und kennzeichnete dabei den Sklaven thunlichſt; er kann nicht leiden unter einem Irrthum des Beklagten der dieſen allein abhielt, ſich als möglichen Nichtherrn dieſes Sklaven zu betrachten und demgemäß ſich zu hüten vor Erziehung nach alleinigem Plane und alleinigen Vermögenskräften. Dadurch allein, daß der Sklave jetzt mehr werth iſt, wird es nicht billig, daß der Kläger, dem dieſes Eigenthum nicht verkäuflich iſt, den Mehrwerth erſetze. Freilich, wäre es ihm verkäuflich, dann kämen ſelbſt Luxusimpenſen in Anſatz ſoweit ſie den Marktpreis ſteigern: arg. l. 10 imp. in r. dot. f. 25, 1.

Solcher Gedankengang wird innerhalb des gleichen Falls — Impenſen zwiſchen Inſinuation und L. K. — weiter verfolgt:

(L. 28:) Forte quod pictorem aut librarium (ζωγράφον ἢ καλλιγράφον: Kopiſten oder Schönſchreiber) docueris, dicitur non aliter officio judicis (. Unmögliches tollere iſt nicht zu erlauben. Alſo bleibt Betrugseinrede verſagt, wie Noxalklage gegen Den der nicht zur Sühne geben kann.) aestimationem haberi posse, (l. 29:) nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis (. Habeam, sim, fordert l. 27 §. 5.) propter artificium, (l. 30:) aut si ante denunciatum sit actori et eo dissimulante posita sit d. m. exc. —. „Ante“: bevor impendirt ward. Vgl. Stephan. 94 S. 21, wo Pellat S. 243 Anm. aus Schol. x der Baſ. 2 S. 160 Transpoſition annimmt und richtig korrigirt: ὑπερέθετο, ἀυτὸ ἀποκροσποιησάμενος, καὶ οὕτως τὰ περὶ .... —. Die Klage war inſinuirt; der Beklagte frägt den Kläger, ob und wie weit er auf den Siegesfall fernere Erziehungskoſten anerkennen würde. Weicht der Kläger aus, ſo motivirt Dieß wiederum die Betrugseinrede.

Jedenfalls gebührt Frucht unersetzten Aufwandes dem Besitzer: l. 31. Die pflichtige Ersatzsumme mindert sich durch gezogene und ziehbare Frucht kompensationsmäßig. Selbst der unmündige Sklave konnte schon einiger Maaßen durch Dienste dem Erzieher vergelten. Beispiele solcher Dienste giebt l. 7 §. 5 op. libert. 38, 1: si forte vel librarius v. nomenculator vel calculator sit v. histrio (Bas. 5 S. 13: *βιβλιογράφος ἢ ζωγράφος*) v. alterius voluptatis artifex. —. „Voluptatis“: Manneskraft zu ernstlichen Arbeiten fehlt. Der Nomenklator mußte Jedermann mit Namen kennen. Seinem Herrn raunte er in's Ohr bei Zusammentreffen. So affektirte der Vornehme, wen er einmal gesprochen, nie zu vergessen; h. z. T. soll mitunter ein Adjutant solche Dienste thun. Man erinnere sich der Levers und öffentlichen Audienzen römischer Großer; besonders der Kandidat um ein Volksamt bat die Geringsten um ihre Stimme. Dennoch liest Kujaz „miniculator“. Literas miniare heißt, die Handschriften mit minium färben, illuminiren.

Wurde der Sklave zu einem Künstler erzogen, so galt erst seit seiner Großjährigkeit Erwerb und Aufwand als kompensabel: l. 32 h. t. 6, 1, Bas., Stephan. 94. Daß die Abschreiber dieser Quelle, da 25 Jahre das Gewöhnliche sind, leichter irren konnten, beweiß nicht, daß 5 Jahre (Kujaz) dafür zu setzen seien. Auch ist kein genügender Zusammenhang nachweisbar zwischen unsrer Stelle und der bekannten Bestimmung der lex Julia et Papia Poppaea (l. 37 pr. op. libert. 38, 1) welche den Freigelassenen, der einen fünfjährigen Haussohn hat, von den dem Freilasser geschuldeten Diensten befreit.

Der gute Glaube bemißt sich nach der Zeit der Verwendung: L. 37 h. t. 6, 1 Ulp.: Julianus scribit: Si in aliena area aedificassem, cujus b. f. quidem emptor fui, verum eo tempore aedificavi quo jam sciebam alienam, videamus an nihil (verneinend) mihi exceptio prosit, nisi forte quis dicat (. Ad absurdum demonstratio.) prodesse de damno sollicito (Schaden den man selbst sich anstiftete, also selbst trägt). Parallel, ohne Zeitentscheidung, ist Gordian's Reskript in c. 1 Greg. Cod. h. t. 3, 2: Vineas in alieno ... institutas solo cedere, et, si a m. f. possessore ..., sumptus ... per retentionem servari non posse incognitum non est. —. So giebt Philippus in c. 2 ib. nur dem gutgläubigen Besitzer das Retentionsrecht.

Die l. 37 ſchließt: Sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini tollat. Vgl. Gordian's c. 5 h. t. 3, 32 vv. sine laesione prioris status. Wer nach Gebäudeeinſturz die Materialvindikationen um des böſen Glaubens willen verſagt: auch Dieſer mag das tollere geſtatten. Denn ein Beſitzer bedarf keines Rechtsmittels; unter allen Rechtsmitteln iſt aber die Klage das ſtärkſte.

Ihren eignen Weg geht die Erbſchaftsklage: L. 38 h. p. 5, 3: Plane in ceteris (Gegenſatz: die die Frucht mindernden Fruchtimpenſen) necessariis et utilibus impensis posse separari (gleich distingui) ut b. f. quidem possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debeat qui sciens (arg. a potiori Pomp. l. 203 r. i. 50, 17) in rem alienam impendit. Sed benignius est, in huius quoque persona haberi rationem impensarum: non enim debet (Pomp. l. 206 ib.) petitor ex aliena jactura lucrum facere. Et id ipsum officio judicis continebitur, nam nec exceptio d. m. desideratur. Plane potest in eo differentia esse, ut b. f. quidem possessor omnimodo impensas (ex hereditate restituenda) deducat licet res non extet in quam fecit, sicut tutor v. curator consequuntur; praedo autem non aliter quam si res (extet eoque) melior sit. Vgl. l. 27 §. 25 Aq. 9, 2: Wer fremde reife Früchte ſchneidet, begeht kein Unrecht, vielmehr „ſchenkt" er (nicht im Willen, ſondern im Reſultat. Er bekommt Nichts erſetzt.) die Impenſen.

Vermeidlicher Irrthum, imprudentia, iſt nicht guter und nicht böſer Glaube des Beſitzers. In ſolchem Falle wird nach l. 38 h. t. 6, 1 eine billigdenkende Jury nach Lage der Partheien und nach den objektiven Verhältniſſen entſcheiden:

1) Hätte der Eigenthümer die gleiche Verwendung vorgenommen: dann gebührt dem Beklagten Retentionsrecht zum Belaufe der objektiven Erhöhung des Sachwerthes.

2) Im entgegengeſetzt äußerſten Falle, falls nämlich der Herr nicht nur der gleichen Verwendung ſich enthalten haben würde, ſondern überdieß, um zu erſetzen, ſein Letztes und Höchſtes losſchlagen (laribus, sepulcris avitis carere) müßte: dann geſtattet der Richter dem Beklagten lediglich das Wegnehmen der Zuthat, ſoweit Dieß nach allgemeinen Grundſätzen geſchehen kann und darf: alſo

a) falls die Hauptsache nachher nicht schlechter ist als sie ohne die Verwendung war —

b) falls der Herr ihm nicht den Werth der Ausübung des Wegnahmerechts in baarem Gelde anbietet. Das Bestehen auf der Ausübung des Rechts in natura wäre einer so ehrlichen Offerte gegenüber reine Chikane,[1]) die am Wenigsten fortdauernd zu exc. doli u. dgl. gedeihen darf. Daraus folgt, daß auch ohne jene Offerte das jus tollendi gar nicht auszuüben ist, falls das Wegnehmen bedingt wäre durch ein Zerstören des Wegzunehmenden welches den Werth des Letztren auf Null reduziren müßte: si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis nihil laturus nisi ut officias.

3) Im Mittelfalle, also wenn die Sache dem Herrn verkäuflich ist, er jedoch erklärt die Impensen nicht zu ersetzen: dann kann der Richter das Eigenthum dem Beklagten geben gegen Verurtheilung in die Gelddifferenz des Sachwerthes abzüglich der Impensen. Will oder kann der Beklagte nicht zahlen, so sind dritte Steigerer zuzulassen, und beide Partheien aus dem Erlöse nach Verhältniß zu befriedigen.

Gar kein Zweifel, daß das Eigenthum der Baustoffe definitiv dem Grundherrn zufalle, waltet ob, so oft ein Eigenthumsvertrag unterliegt, der durch die Bauausführung wie durch eine Tradition konsummirt wird. Man vergleiche beispielsweise das Verhältniß zwischen Bauherr und Baumeister die einen Akkord — redemptio operis faciundi: l. 39 pr. h. t. 6, 1, dazu Stephan. 113 S. 24 wo hinter ποιεῖ Pellat S. 272 Anm. m. R. δεσπότην einschaltet — geschlossen haben. Es ist Dieß ein Fall rechtlicher Uebergabe mit vorausgehendem Willen und nachfolgendem Körper — der umgekehrte Fall und ebenso gültig, wie wenn Jemand mit meiner Erlaubniß von meinem Baume pflückt.

Bezahlten Kaufpreis kann auch der gutgläubige Erwerber nicht unter „Impensen" subsumiren, da jenem alle Objektivität abgeht: Ulp. l. 39 §. 1 h. t. 6, 1: Eine Frau interzedirte ver-

---

1) Doch giebt es keine allgemeine Rechtsregel, dahin lautend, daß Niemand sein Recht zur Chikane Andrer ausüben dürfe: Th. 1 §. 5, 1, Wächter H. B. §. 32 Nr. 4.

pfändend, der Gläubiger distrahirte, A ersteigerte ohne die Verletzung des vellejanischen Senatsschlusses zu ahnen: l. 32 §. 1 Vell. 16, 1. Da das Vellejanum Replik begründet, so unterliegt die materielle Nichtigkeit der Verpfändung keinem Zweifel: l. 40 h. t. 6, 1. Somit dringt die Eigenthumsklage der Frau durch; nur für Frucht und Verschlechterung haftet der gutgläubige Käufer nicht, wohl andauernd der Gläubiger und bösgläubige Käufer: c. 5 h. t. 3, 32.

Der bösgläubige Besitzer an sich ist noch lange kein Delinquent, mangels des objektiven Deliktsthatbestandes. Er kann sogar nur für den Sachherrn sorgen wollen, z. B. dieser ist verschollen. Dann erwirbt Jener die Rechte aus negotiorum gestio, also aus nützlichen Verwendungen den Ersatzanspruch, durch Retentionsrecht geschützt: arg. c. 5 cit. vv. non eorum negotium gerentes quorum res est. Ueber Erbschaften aber waltet dieser Gesichtspunkt der Fürsorge auch ohne nachweisbaren Willen freiwilliger Führung fremder Geschäfte, daher der Besitzer bei den drei Impensenarten in gutem oder bösem Glauben überall eine Stufe höher steht als der Singularbesitzer, d. h. klagen, einreden, wegnehmen darf, wo Diesem nur einzureden, wegzunehmen, oder gar Nichts gestattet ist: l. 39 §. 1 h. p. 5, 3.

Nur selten werden die Impensen verzinslich sein, da in der Regel der Sachgenuß die Zinsen deckt. Theoretisch also findet die Verzinsung allerdings statt. Quellenanhalt gewähren die Stellen über Geschäftsführung, da neg. gestio und in rem versio wie Person und Sache zu einander stehen, also, wer die Sache anspricht, auch falls seine Person bei der Verwendung außer Rücksicht blieb, der dinglichen Einrede zum gleichen Maaße unterliegt, als aus persönlicher Rücksicht die persönliche Klage und Einrede gegen ihn zusteht. L. 37 usur. 22, 1: Auch das Gegenklagrecht trägt dem Geschäftsführer seine Zinsen — solche Zinsen, die er selbst wiedervergüten muß; zumal falls der Gewinn des Herrn nicht geringer ist — dann wenn er Geld borgte die Gläubiger des Herrn zu befriedigen weil diese sonst Realarrest erlangt oder die Sache versteigert haben würden. Hatte dagegen der Führer das Geld selbst und brauchte also nicht zu borgen: so erwachsen Zinsen nur falls er den Herrn aus großer Unbequemlich-

keit befreite, und zwar nie mehr als die landesüblichen wie Dieß für bon. fl. judicia die allgemein anerkannte Regel ist.

Tilgte z. B. ein Eigenthumsbeklagter früher oder jetzt Hypothekenzinsen, so würde er freilich nach strengem Recht — arg. l. 12 §. 6 qui pot. in pign. 20, 4 — dem Evinzenten davon keine Zinsen berechnen dürfen, da er soweit davon entfernt war für Diesen sorgen zu wollen daß er vielmehr nur sich selbst den Sachbesitz damals rettete. Dennoch nehmen wir Anstand, uns bei dieser Entscheidung zu beruhigen. Für das neuere Recht dürfte vielmehr der Gesichtspunkt, daß jener Aufwand das Eigenthum rettete, den allerdings mangelnden Willen, der Person des Eigenthümers zu helfen, ersetzen. Auch rettet in l. 12 §. 6 cit. der Betreffende nur sein eignes Pfandrecht. Der Fall ist folgender: Der zweite Gläubiger rückt durch Angebot des Fordrungsbetrags an den ersten in dessen Pfandrecht ein für Kapital und Zinsen, nicht auch für Zinseszinsen. Siehe auch c. 22 pign. 8, 14, wo nur die Begründung fehlt.

Ein natürliches Fordrungsrecht auf Verwendungsersatz dauert trotz Auslieferung der Hauptsache fort. So ist dieser Anspruch durch Pfandrecht zu sichern, und, falls der Eigenthümer dieses Pfandrecht einräumte, sind Begriff und Schranken der Interzession ausgeschlossen: l. 1 §. 4 pign. 20, 1. Noch weniger ist also indebiti condictio gezahlter Impensen zuzulassen; hieraus fließt nach l. 7 fidej. 46, 1 Verbürgbarkeit der nichtbezahlten.

Verwendungen sind entweder nothwendige oder nützliche oder nur verschönernde: l. 1 pr. imp. in r. dot. f. 25, 1. Die Nothwendigkeit darf nicht eine bloß irrig erachtete sein: §. 1 ib. Auch sind Auslagen für die Sache an sich nicht Verwendungen in die Sache: §. 2 ib.; nur letztre stehen hier in Rede. Unerläßlich können aber z. B. Dotalgrundstücken Dämme sein gegen Wogenandrang, Abzugskanäle übermäßiger Gewässer, nöthige Bewässerungsanstalten, neue in Stelle abgestorbner Pflanzungen: l. 14 pr. ib., wesentliche Oekonomiegebäude, Ausbesserungen vorhandner vortheilhafter Baulichkeiten, Reparaturen zu Abwehr des Verfalls von damni infecti cautio: l. 1 §. 3 ib., Kurkosten des lebendigen Inventars dessen das Gut bedarf: l. 2 ib., Erweitrung der Kulturanlagen: l. 3 pr. ib.

Dieß Alles kommt jedoch soweit nicht zum Ersatz, als es durch seitherigen Ertrag aufgewogen ist: §. 1 ib. Auch ist nicht jedes obige Beispiel zu generalisiren, da die Verantwortlichkeit des Ehemanns als Dotalträgers Impensen, die an sich nur nützliche wären, zu nothwendigen für ihn erheben kann: l. 4 ib. Auch „mindern" nothwendige Impensen die Mitgift, doch mindern sie nicht das Eigenthum. Jener Rechtssatz setzt die geschäftliche Einheit der gesammten Mitgift voraus, ergreift also lediglich die Dotalqualität der Einzelsachen bis zur völligen Entkräftung dieser Eigenschaft. Auch dieses Ergriffensein äußert sich zunächst in der Form des Retentionsrechts. Nun ist Mitgiftsgeld dem Ersatzanspruch, der ja einen Geldanspruch bedeutet, stets kommensurabel: hier also erstarkt Retention zur Kompensation, und wird die Gelddos Beiden gemeinsam; so die dos venditionis causa aestimata. Bloße Auslagen ohne realen Verwendungscharakter ergreifen die Dotaleigenschaft nicht, sondern verweisen den Mann, der das Interesse seiner Frau wahrte, auf selbständige Klage. Z. B. er tilgte Hypotheken. Ohne Zweifel unterscheidet sich hier abermals die Dotal- von der Eigenthumsklage, indem bei dieser das Retentionsrecht auch hier statt hat. Vgl. l. 5 pr. ib. —. Ersetzt die Frau die mindestens retentionsmäßigen Verwendungen, so wächst die Gelddos, jede andre Dos aber erscheint insoweit neubestellt: §. 1 ib. War bei Gelddos Kompensation versäumt, so weigerten die Meisten eine Ersatzklage. Aber die Billigkeit der Kompensation darf nicht zur Strenge verkehrt werden, am Wenigsten ihre Schärfe gegen den Kompensationsberechtigten kehren. Grade weil er ein indebitum zahlte ist ihm indebiti resp. sine causa condictio nicht wohl zu versagen. Somit mußte die strenge Auffassung weichen, gemäß welcher die Grundform des Retentionsrechts die Klage abschnitt: Marzell, Ulpian, Justinian §. 2 ib.

Nothwendige Eigenthumsverwendungen sind solche, welche den Untergang und die Verschlechterung der Hauptsache abzuwehren sachgemäß bezwecken: l. 79 pr. v. s. 50, 16.

Auch nützliche Dotalimpensen ergreifen die Dotaleigenschaft: l. 5 §. 3 imp. in r. dot. f. 25, 1. Dahin zählen nützliche junge Anpflanzungen, nützliche Nebengebäude und innere häusliche Einrichtungen, Unterricht der Sklaven in Künsten: l. 6 ib., Dünger-

anſchaffungen: l. 14 §. 1 ib. Sie alle begründen ebenfalls einen Erſatzanſpruch: L. 7 §. 1 ib.: Habent exactionem. Aber die Form der Geltendmachung iſt nur ein Recht der Wegnahme (deductio, jus tollendi), nicht das ſtärkere Recht der Retention: l. 8 ib. Weniger bedeutende („mäßige") Verwendungen, ſei es für Hausbau, ſei es für Umlegung oder Erweitrung der Weinberge, ſei es für ärztliche Behandlung und ſonſtige Kurkoſten des lebendigen Gutsinventars, u. dgl. — alſo: mögen ſie nothwendige oder nützliche ſein —, zieht die Dotaljury niemals in Betracht: denn der Dotalprozeß darf keineswegs einem Prozeſſe aus einfacher Geſchäftsführung gleichgeſtellt und auf dieſen Standpunkt herabgewürdigt werden. Hat der Mann doch allen Vortheil aus der Nutzung gehabt! Freilich die indotata hätte er nicht geheirathet: dennoch darf er ſich die dotata, vor Allem die dos ſelbſt, ſchon Einiges koſten laſſen, ohne Erſatzanſpruch: l. 12 ib.

In nicht nothwendigen, die Einkünfte auch noch nach Eheauflöſung für die Frau ſteigernden, Verbeſſerungen findet Fulzinius mit Recht das Weſen der nützlichen Dotalimpenſen. So wuchs durch Unterricht der Werth der Sklavendienſte. Hat die Frau eingewilligt, oder gilt als einwilligend da ſie, wiſſend, nicht widerſprach, ſo trägt ſie die durch die Mannesnutzung noch ungedeckten Koſten. Entgegengeſetzten Falls kommt es auf ihre Solvenz an: l. 8 ib.; nie alſo ſoll ſie gezwungen werden, um der Erſatzunfähigkeit willen die aufgebeſſerte Sache miſſen („verkaufen", „dem Manne laſſen") zu müſſen. Mühlen und Scheuern, als Nebengebäude errichtet, haben im Zweifel nur den Charakter nützlicher Impenſen: l. 79 §. 1 v. s. 50, 16.

Die niederſte Klaſſe der impensae ſind die voluptuariae, das ſind ſolche, welche die individuelle Sache lediglich zieren (ornare. L. 7 pr. imp. in r. dot. f. 25, 1: exornare), nicht zugleich ihren Ertrag ſteigern. Doch genügt bei verkäuflichen Sachen (promercales res) eine Steigerung des Hauptwerthes, ſie zu nützlichen zu erheben: l. 10 ib. Bloß zierend ſind Garten- und Parkanlagen, im Gegenſatz zu Baumſchulen, Gemüſegärten u. dgl. Jene heißen viridia; nur das dem Auge wohlthätige Grün, die Promenaden durch die Zwiſchenpfade, der üppige Baumwuchs, die Seltenheit der Pflanzen, die Saftigkeit und der gleiche Schnitt der

Grasplätze (der weltbekannten pleasure grounds engliſcher Villen), die zierliche Erhebung der Hecken und Lauben iſt der Gewinn, welcher für den Ertrag außer Rechnung bleibt, ja in der Erhaltung Bedeutendes mehr koſtet. Dahin zählen ferner Springbrunnen, bei Häuſern Marmorvertäfelungen, (incrustationes, Bepanzerungen der Wände: loricationes), Badzimmer (Badhäuschen im Park: l. 14 §. 2 ib.), Gemälde der Wand und Decke: l. 79 §. 2 v. s. 50, 16.

Iſt Lösbarkeit vorhanden, das Wegnehmen alſo möglich, will jedoch die Frau daſſelbe nicht dulden: ſo muß ſie dem Erſatze des Geldwerthes der Luxusimpenſen ſich unterziehen: l. 9 imp. in r. dot. f. 25, 1. Willigte ſie aber ehemals in die nur zierende Verwendung: ſo iſt hierdurch nicht wie bei nützlichen Impenſen ſchon ihre Gelderſatzpflicht begründet: l. 11 pr. ib. Denn Solches würde in den Begriff der auch für Impenſen unter Ehegatten verbotnen Schenkung übergehn: §. 1 ib., während derſelbe Akt, auf an ſich nützliche Impenſen bezogen, in dieſen Impenſen ſelbſt die äquivalente Deckung für die Frau bietet, woraus die Unannehmbarkeit des animus liberalitatis folgt.

Im Dotalrechte iſt die Impenſenlehre mit beſondrer Genauigkeit entwickelt. Dem Falle des Ehemanns ſteht der des Eigenthumsbeklagten am Nächſten. Bei Beiden trifft der animus dömini zu, bleibt der animus aliena negotia gerendi ausgeſchloſſen. Unter den Eigenthumsbeklagten wiederum dem Ehemanne zunächſt ſteht der gutgläubige Beſitzer, da er ebenfalls die Frucht erwirbt. —. Andrerſeits liegt die hauptſächliche Verſchiedenheit beider Fälle darin, daß der Ehemann in gewiſſem Sinne einem neg. gestor ähnlich ſieht; bisweilen ſucht er die Einwilligung der Gattin nach; meiſt vermag dieſe den Impendenten zu kontrolliren. Grade in dem Punkte ſeiner Unähnlichkeit mit einem neg. gestor aber — darin nämlich daß mäßige Verwendungen ſeitens des Ehemanns nicht in Abzug zu bringen ſind — ſtimmt der Eigenthumsbeklagte mit dem gestor dahin überein daß gegen ſie dieſe Schranke nicht gilt. Denn bei ihnen waltet kein Ehebund als Grund ob.

Der Betrag der gemeinen Impenſeneinrede mindert ſich ſelbſt für nothwendige Impenſen durch die im Ertrage bereits gewonnene

Deckung. Vgl. l. 16 in d. add. 18, 2. Das Resultat bietet lediglich einen geschmälerten Ertrag (Nettogewinn). Ja, es giebt Impensen, welche nur auf die Frucht, nicht auf die Hauptsache, geschehen, und ihnen stehen solche gleich, welche, wie z. B. Grundsteuer und Einquartierung, gesetzlich die Frucht treffen: l. 13 imp. in r. dot. f. 25, 1. Sie können gegenüber der Ausforderung der Hauptsache für sich nie Impenseneinrede begründen, obwohl es auch unter ihnen nothwendige (für die Frucht) giebt. Z. B. fütterte man das Vieh, dafür hatte man dessen Dienste. So lange nämlich das Vieh nicht unentgeldlich zu erwerben ist, kann rechtlich nicht angenommen werden, daß die bloßen Unterhaltskösten — nothwendige freilich, weil das Thier sonst sterben und verderben müßte — eine andre Wirkung haben als die der Mindrung der bürgerlichen Frucht. Das Gleiche gilt von Luxusthieren, denn dem Erwerber war das genossene Vergnügen den Unterhalt werth. Das Wohnen ist der Genuß des Hauses. Je baufälliger das Haus ist, je billiger stand es zu erwerben. Daher kommen laufende, gewöhnliche, vorherzusehende Ausbesserungen unter die Wohnungskosten, und, in den imaginären Zins gerechnet, sind sie durch das Wohnen gedeckt und erledigt. Das Nämliche ist wahr für die ächte Ackerfrucht rücksichtlich der gewöhnlichen Ackerbaukosten, so sehr treffliche Pflege allerdings dem Gute auch dauernd wohlthut: l. 16 ib. Alles demnach, was auf Erzielung Sammeln und Erhalten der Frucht — in fructus quaerendos cogendos conservandos, kurz: redigendos: l. 46 usur. 22, 1 — verwendet ist, mindert die „Frucht" d. i. den Ertragsgesammtwerth so daß der juristische Fruchtbetrag erst durch diesen Abzug zu Tage tritt:

C. 1 fruct. et lit. expens. 7, 51: Fructuum nomine continetur, quod justis sumptibus deductis superest. —. „Justis" d. h.: Ueberall wo der Besitzer die Frucht ersetzen muß, kommen solche Unkosten, welche ohne Schaden zu vermeiden waren oder den Ertrag nicht steigerten, nicht in Abzug. Uebrigens hat auch der unredliche Besitzer dieses Abzugsrecht da wo es sich realisirt: l. 36 §. 5 h. p. 5, 3. Der redliche Besitzer übt dasselbe sogar falls er gar keine Frucht aus den Anbaukosten zog: l. 37 ib.; doch ist Dieß vollanwendbar nur auf Erbschaften, wo bekanntlich Sachen und Früchte durch einander berechnet werden; in Anwendung auf Ei-

genthumsklagen paßt es zunächst falls die Frucht noch steht und also dem siegreichen Kläger zu Gute kommt; dann aber paßt es auch dem unredlichen Besitzer; trifft dagegen etwa ein vernichtender Hagelschlag die noch in Aehren stehende Frucht, so ist von Nichts Nichts abzuziehn und es entspringt die schwierige Frage ob in diesem Falle jene Unkosten ein Retentionsrecht des gutgläubigen Besitzers an der Hauptsache begründen. Diese Frage ist nicht aus unsrer Stelle zu bejahen, eben weil hier nur von Erbschaft gehandelt wird und die Ratio nicht zupaßt. Da indessen die Billigkeit die nämliche bleibt — bei Zufall im Gegenstande —: so kann zwar solches Retentionsrecht nach der Natur der Fruchtimpensen nicht zugestanden werden, dennoch, weil Alles zumal in einen Prozeß fällt, hat der Richter auf betreffenden beklagtischen Antrag amtliche Macht, den Kläger anzuhalten, gegen Empfang des Grundstücks Zug um Zug auch diese Kosten zu vergüten.

Die Gegenseitigkeit der Mindrung zwischen Frucht und Fruchtaufwand — l. 42 §. 1 sol. matr. 24, 3, ohne Berechnung der Luxusimpensen — setzt die Retention in Kompensation um: Papinian. l. 48 h. t. 6, 1.

Die Frage, ob der Retentionsberechtigte, nachdem er ohne Retention herausgab, zum Impensenbelauf indebiti resp. sine causa condictionem habe, ist deßhalb zu verneinen, weil die Auslieferung der fremden Sache seitens des Eigenthumsbesitzers überhaupt keine debiti solutio ist. In Fällen wirklicher deb. sol. versagen daher diese Klagrechte auch keineswegs:

L. 40 §. 1 cond. ind. 12, 6: „Ist ein Stück eines betagt vermachten Hauses nach dem Tode, und vor Eintritt des Tages, abgebrannt, darauf vom Belasteten wiederausgebaut: so darf Derselbe den Aufwand vorabziehen, und, falls er Dieß bei der Uebergabe versäumte, incerti condictionem erheben, quasi plus debito tradiderit". —. Fideikommiß ist gesetzt, es gab kein fid. per vindicationem; ohne Zweifel war also der Belastete obligirt. Aehnliches bei der Dos: l. 19 §. 1 don. i. v. 24, 1, und bei der falzidischen Quart: l. 21 Treb. 36, 1; et si nummi alieni dati sint: l. 15 §. 1 cond. ind. 12, 6.

Eigenthümer und Besitzer dagegen hatten kein Geschäft mit einander. Da hier der Rückgeber den Empfänger nicht erst zum

Eigenthümer macht, so zessirt die jenen Schuldklagen eigne Analogie zur mutui condictio. Der Besitz ist Thatsache; geschäftsähnliches ist darin nicht zu finden, daß der Eigenthümer zu besitzen beginnt: l. 33 cond. ind. 12, 6. Ausgesprochen bei der Erbschaftsklage, nicht minder anwendbar auf Eigenthumsklagen, ist also, daß Retentionsversäumung vom Impensenersatzesanspruch ausschließt.

Früchte rechnen sich auf mit Zinsen der vom Beklagten getilgten Hypotheken: l. 65 pr. h. t. 6, 1. Aufbesserungen mindern sich durch Früchte: c. 16 ev. 8. 45: Nach Beweis der Klage und Impenseneinrede schätzt die Jury den Impensenbetrag und befiehlt dem Kläger dessen Ersatz falls dem Beklagten die Hauptrestitution auferlegt werden solle. Die an dritte Gewährsmänner gezahlten Kaufpreise und dergleichen sind keine Impensen: c. cit. i. f.

Der Gegensatz aber zwischen Sach- und Frucht-Impensen bemißt sich nach Art und Größe der Verwendungen: l. 15 imp. in r. dot. f. 25, 1.

Den Ersatz des Kaufpreises kann der Einredende nur soweit die Schuld des Eigenthümers getilgt ist fordern: Papinian und Andre in c. 14 praed. min. 5, 71 (dekretlos erworbenes Mündelgut); Dieß fällt mit unter die justa distrahendi causa der c. 23 h. t. 3, 32. Oder soweit in dessen Nutzen verwendet ist. Ist Solches unerweislich — c. 16 praed. min. 5, 71 — dann ist jener Anspruch verwerflich. Curate igitur, cautius negotiari, ne non tantum in damna huiusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis: c. 2 furtis 6, 2, addressirt an negotiatores.

Zahlte ich dem A Geld, damit er abstehe die Sache des B zu vernichten: so habe ich selbst dann gegen B die Impensenklage aus Geschäftsführung, wenn ich den C oder mich selbst für den Eigenthümer hielt: l. 6 §. 8 n. g. 3, 5. Plus in re est quam in existimatione mentis. Ich rettete das Eigenthum, ich wahrte die Interessen des Eigenthümers, welcher, da die Impensen nothwendig waren, seine Anerkennung unmöglich versagen kann.

Die exceptio rei venditae (oder donatae u. s. w.) et traditae elidirte die Eigenthumsklage des nacktquiritarischen

Herrn. Der Fall war folgender: Der Eigenthumsvertrag an mancipi res war durch Uebergabe ohne zivile Form vollzogen, Ersitzung unvollendet: l. 32 §. 2 Vell. 16, 1.

Zu unterscheiden ist die allgemein praktische Beweiseinrede, daß der Beklagte vom Kläger selbst das Eigenthum nach diesem erwarb: l. 31 pr. a. r. d. 41, 1.

Doch auch die exceptio r. v. et tr.[1]) hat eine von manc. res unabhängige Funktion:

Der Nichteigenthümer veräußert. Hernach wird er Eigenthümer, außer Zusammenhang mit jenem Erwerber. Er kann ipso jure vindiziren, aber ihn elidirt doli exceptio: l. 1 pr. exc. r. v. et tr. 21, 3. Es bedarf dieser Vorschützung; der Beklagte kann sie unterlassen und mit Ruhe den Prozeß verlieren, um seinen Entwährungsrückgriff zu gewinnen: l. 17 ev. 21, 2.

Gleiches gilt, falls der Herr den Veräußerer beerbt — v. Cocceji 6, 1 qu. 3, l. 1 cit. §. 1 —, zum Belauf der Erbquote: c. 14 h. t. 3, 32; in c. 14 ev. 8, 45 lies „filii“ statt „filiis“. Dotalbeispiel: l. 73. ib. 21, 2.

Der Grund ist überall der nämliche: die Schuld bleibt unverändert durch Erbgang, auch hier also wird der rechtlich identische Schuldner nachträglich Eigenthümer. Der Titel, der von unserer Exzeption handelt, steht dicht hinter dem Pandektentitel de evictione. Demnach: Ist der Eigenthumskläger dem Beklagten für Entwährung haftbar, so braucht dieser den Prozeß nicht zu verlieren. Der Ausdruck, die Sache sei „in bonis“ des Erwerbers: l. 4 §. 32 d. m. exc. 44, 4, bezeichnet die Vermittlung des veralteten und des anwendbaren Falles unsrer Rechtseinrede.

Der, ächt oder unächt, Bevollmächtigte des Eigenthümers verkauft. Gegen Preisempfang liefert er, ohne Auftrag, die Waare: so erwirbt der Empfänger der Waare das Einrederecht, es sei denn daß vor Preiszahlung das Verbot der Waarelieferung eingetroffen war: l. 1 cit. §. 2. Und selbst innerhalb dieses Ausnahmefalles erwächst eine verwandte Einrede: „si non auctor meus ex voluntate tua vendidit (ohne „et tradidit“): l. 14 Publ. 6, 2. Schwierig ist l. 57 mand. 17, 1:

---

1) Vgl. Th. 1 S. 71 ... 3. 85 ... 8. 94. Seuffert Arch. 6 Nr. 217.

„Verkaufs-Vollmacht erlischt wie jede andere, sobald der Bevollmächtigte stirbt. Da jedoch dessen Erben, selbst im Rechtsirrthum, jedenfalls uneigennützig, das Begonnene vollendet, die Sorge ihres Erblassers auf sich genommen und die Verkaufsordres, deren Träger sie nicht sind, effektuirt hatten: so konnten, da Furtivität fehlt, die Erwerber ersitzen. Kehrt aber nun der Mandant (Schol. 4) von neuen Einkäufen nach Hause zurück, so steht ihm" — da es der schwierigern Eigenthumsklage nicht bedarf, wo der Titel des Beklagten auf den Kläger selbst zurückführt: v. Savigny 7 Beil. 19 Delbrück dingl. Kl. S. 301 ... 3 — „die" (rescissoria) „Publiciana zu"; — lies: non inutiliter: arg. die Basiliken und deren Scholien — „da die Eigenthumseinrede aus Ersitzung hier der Prüfung des Richters, ob ihr nachzugeben sei, unterliegt, und dieselbe zu versagen bleibt, falls der Mandant, als ein solcher der sich auf die Geschäftstüchtigkeit des bestimmten Beauftragten verließ, durch dessen unerfahrne Erben beschädigt erscheint."

Ziehe ich bei Ertheilung des Auftrags ein Preisminimum, so versteht es sich ganz von selbst, daß bei dessen Verletzung unsre Exzeption zeffirt: l. 1 §. 3 exc. r. v. et trad. 21, 3. Aber auch das illimitirte Vertrauen hat seine Schranke: in der Auswahl der Persönlichkeit des Betrauten. Freilich, täuscht dieser selbst dieses Vertrauen, so tritt die exc. si non auctor meus wieder in ihre Rechte ein, Kollusion jedoch erzeugt ein Betrugsreplikationsrecht: l. 7 §. 6 pro empt. 41, 4.

In l. 57 cit. ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eingewickelt. Die Verletzung liegt im zu billigen Verkaufe, der Rechtsgrund in der Abwesenheit in nothwendigen (Berufs-) Geschäften. Andre Fälle dieser restitutorischen Klage ergeben sich, wenn der Ersitzer z. B. in Staatsgeschäften abwesend war oder in Feindeshand fiel; das Restitutionsjahr zählt seit Wegfall dieses Verklagungshindernisses: §. 5 J. aa. 4, 6. Ueber resz. Einrede s. l. 28 §. 5 ex q. c. mai. 4, 6.

Die doppelseitige Wirkung des Prinzips der rescissoria ist zu erkennen aus l. 28 §. 6 ib.: In actione resc., quae adversus militem competit, aequissimum est, eius quoque temporis, quo absens defensus non est, fructus eum praestare. Ergo et militi debebunt restitui; utrimque actio erit, (l. 29:) videlicet ne cui officium publicum vel damno v. compendio sit.

Nur rechtsgeſchichtlich bedeutend iſt l. 1 §. 4 exc. r. v. et tr. 21, 3: Hat ein Sklave für ſein Pekul Waaren gekauft und wird vor Empfang letztwillig frei ſo daß das Pekul ihm mittelſt Prälegats bleibt: nun empfängt er, der Verkäufer wird Eigenthümer und vindizirt: ſo ſteht ſtatt rei v. et tr. (da ein Sklave nicht Gläubiger werden kann) eine in factum exc. gleichkräftig zu.

Iſt mir aus Kauf, zwar nicht geliefert, wohl habe ich fehlerfrei Beſitz erlangt: ſo habe ich mittelſt Kompenſationsanwendung die Exzeption gegen den vindizirenden Verkäufer: vgl. §. 5 ib.

Etwaige Ungültigkeit des Geſchäfts führt zu Replikationen. Z. B. „aut si ea venditio contra SCtum“ (etwa: Velleianum) „facta sit“: l. 32 §. 2 Vell. 16, 1.

Der Exzeptionsberechtigte ſteht in Erſitzungslage, alſo erwächſt ihm nach Beſitzverluſt die publizianiſche Klage, in derſelben, gegen justi dominii exc., die r. v. et tr. replicatio: l. 2 exc. r. v. et tr. 21, 3 l. 72 h. t. 6, 1 l. 4 §. 32 d. m. exc. 44, 4.

Weiterbegebung der Sache überträgt auch das Einrederecht: l. 3 pr. exc. r. v. et tr. 21, 3. Umgekehrt kann der erſte Veräußerer auch nicht durch Eigenthumsübertragung auf einen Dritten dem wohlerworbenen Einrederecht des erſten Erwerbers und der Nachfolger deſſelben ein Ende machen: vgl. §. 1 ib. Alſo bindet das Einrederecht die Sache und beſchränkt das Eigenthum in der Weiſe, daß es das letztre prozeſſualiſch zu entkräften ſtark iſt.

Die Einrede iſt peremptoriſch. Schon darum kann ſie der Eigenthümer durch Anbieten des Entwährungsintereſſes nicht aus dem Felde ſchlagen, weil die Entwährung begriffsmäßig die ſiegreiche Durchführung der dinglichen Klage vorausſetzt.

Folgende Stelle verſteht Arndts §. 168 Anm. Nr. b ſicher irrig von unſrer Einrede, und ſcheint die eben hierher bezogne l. 1 §. 2 exc. r. v. et. tr. 21, 3 mißverſtanden zu haben: L. 7 §. 3 j. dot. 23, 3: „... Si ... nuptiae non sequantur, nuntio remisso, si ... sic dedit mulier ..., ut („erſt, wenn ...“. Hierfür iſt nicht zu vermuthen: l. 8 ib.) secutis nuptiis incipiant (viri) esse, ... statim ... vindicabit. Sed antea ... si vindicabit, exceptio poterit nocere ... aut doli aut in factum: doti enim destinata non debebunt vindicari.“ Hierzu vgl. l. 9 ib. (pr.): Ich gebe der Seja Sachen, die ſie in eignem Namen im Sinne der

l. 7 §. 3 cit. in Mitgift geben ſoll. Sie werden ihr Eigen trotz Fehlſchlagen des Zwecks; mir aber erwächſt dann die condictio causa data causa non secuta. Gab ich hingegen unmittelbar dem Manne, ſo iſt zu unterſcheiden, ob ich ſofort oder erſt auf den Fall der Ehe veräußern will. Erſtrenfalls kondizire, letztrenfalls vindizire ich bei Fehlſchlagen der Ehe, auch wenn die Ehe nicht erfolgen kann weil ſie verboten iſt. (Man vergl. die in diem addictio.) (§ 1 ib.:) Letztrenfalls, d. h. ſo ich das Eigenthum mir vorbehielt, wenn ich nun ſterbe und die Ehe erfolgt: ſo kann aus Rückſicht auf den überhaupt begünſtigten Dotalcharakter mein Erbe zum Eigenthums-Vertrag gezwungen werden, ja, zögert er, oder iſt abweſend, ſo erfolgt der Eigenthumsübertrag auf den Mann von Rechts wegen, auf daß die Frau nicht unausgeſtattet bleibe. Denn der Erbe muß die geſchäftlichen Verbindlichkeiten des Erblaſſers wahr halten. —. Es hindert ebenſowenig, daß der Geber vor Eintritt des dies incertus wahnſinnig wird: l. 2 §. 5 don. 39, 5.

Iſt alſo eine Mitgift an den Bräutigam vorausgegeben: dann muß der Geber mit der Eigenthumsklage jedenfalls warten bis es gewiß iſt, dieſes Verlöbniß gedeiht nicht zur Ehe. Dieſe Verbindlichkeit des Abwartens nämlich kann jenſeits zur Einrede benutzt werden: ſie fließt aus dem Weſen ſolcher Mitgift, wie einer jeden Bedingtberechtigung die mit Vorleiſtung ſich verband. Die Einrede iſt Betrugseinrede, nicht aber die techniſche exceptio rei ... et traditae: da dort gar keine Eigenthumsveräußerung vollzogen ſein ſollte, gar kein Zuſammenhang mit Gewährleiſtungspflicht auszufinden iſt.

Wohl handelt von unſrer Einrede die l. 10 distract. pign. 20, 5: „Obwohl der Pfandkäufer Entwährungsrückgriffsrecht nur gegen den Verpfänder, nicht gegen den Verkäufer, haben würde: tamen non esse audiendum creditorem qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia causa quaestionem movere.“ Hier iſt über das Prinzip der Gewährleiſtungspflicht offenbar deßhalb hinausgegangen, weil der Gläubiger durch von ihm geſchloſſenen und vollzogenen Verkauf und Veräußerung der Sache ſeine Befriedigung gewann. Er ſchloß, kraft ſeines Pfandrechts, in distrahendo den Eigenthumsvertrag, zunächſt zu ſeinem Vortheil. Die Quellen vergleichen ihn einem Mandatar, obwohl

1) dem Mandatar aufgesagt werden kann —

2) der Mandatar selbst entwährungspflichtig wird: L. 49 mand. 17, 1: „Eine Sache des A besitzt B gutgläubig. Sie verkauft A, aus des B Auftrag, mit seinem Eigenthum unbekannt, dem C. Oder: umgekehrt: B verkauft sie aus Auftrag des A dem C, nachdem D sie gekauft welcher von A jetzt beerbt wird. Dort hat A zwar als Bevollmächtigter, nicht für eigne Rechnung verkauft: aber er ist Selbstschuldner „— haftet für Entwährung —", also würde er, hätte er geliefert, nicht durch Eigenthumsklage die Sache zurückgewinnen; sein Interesse muß ihm sein Mandant ersetzen. Hier ist A Mandator. Seine Eigenthumsklage elidirt eine Betrugseinrede. Dafür aber, daß er den Preis zahlen muß, den sein Erblasser schuldig ward, hat er auch die Klage auf Gewährleistung gegen den Verkäufer des D geerbt." Folglich:

Die Durchführung unsrer Einrede gilt in den geeigneten Fällen als Entwährung, welche den Kläger traf, begründet also dessen Rückgriffsrecht.

Die Betrugseinrede steht mir zu auch gegen den vindizirenden Bürgen meines Verkäufers, insofern Jener auch für Entwährung gutsagte: c. 11 ev. 8, 45. Doch der Erbe des Bürgen kann aus seinem Eigenthum wirksam vindiziren, obwohl v. Cocceji willkührlich sagt: „Vindiziren kann er, aber Betrugseinrede schlägt ihn; oder: der Hauptschuldner kann zahlen, daher replicatio excussionis personalis hülfreich ist." Das Wahre ist, daß c. 31 ib. unzweideutig äußert, der Eigenthumsklage stehe kein Hinderniß aus der Verbürgung entgegen, wohl erwachse Regreßklagrecht. Auch ein innerer Grund fehlt nicht. Wir dürfen nur erwägen, daß im ältren Recht zahlreiche Verbürgungen völlig unvererblich waren.

Zweiter Titel.

Beiträge zum Verständniß der römischen Eigenthumsklage, entlehnt aus nächstliegenden Klagen.

§. 13. Verneinende Klage des Eigenthümers.

Die Ausübung des Eigenthums in seiner Fülle kann gestört werden. Daß diese Störung, falls sie rechtmäßig wäre, ein ding-

liches Recht, insbesondre eine servitus, ausübe, ist keineswegs nothwendig: v. Vangerow I S. 876 (§. 353 Anm. 1), Witte de on. prob. in neg. a. (1855) p. 7, verwerflich daher, wenn Viele, wie Fritz zu Wening 1 S. 363 ... 75 und Schilling Inst. 2 §. 202, confessoriam und negatoriam actiones in Einem darstellen (vgl. Dig. 8, 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur). Die Störung kann direkt sein, oder indirekt d. h. unbefugte Vornahme eigner Handlungen mit und auf der Sache; indirekt überdieß in einem andern Sinne: A hat Wasserleitungsröhren auf den öffentlichen Weg hin, sie bersten, das Wasser beschädigt den Privatbau u. dgl. des B: l. 13 si serv. vind. 8, 5.

Gegen solche Störer richtet der Eigenthümer eine Klage, welche Jenen das Recht dazu abspricht, und darum negatoria s. negativa in rem (Witte p. 3. 6 sqq.) actio heißt: l. 5 pr. si us. pet. v. ad al. pert. neg. 7, 6 Schmid §. 17.

Aber kann man wegen fremden Rechts, bejahend oder verneinend, klagen? Der Eigenthümer klagt wegen eignen Rechts: l. 5 pr. cit.

Außer dem Eigenthum jedoch hat er kein Recht. Auch nicht „die Freiheit des Eigenthums?" Sie ist die negative Seite des Eigenthums. Anders drückt Dieß aus, nach eigenthümlicher Grundanschauung: v. Vangerow a. o. a. O.

Gegen Pfandrechtsbehauptung ist unsre negative Klage undenkbar. Besitzt der Gläubiger, so genügt die positive Eigenthumsklage, nach Schuldtilgung die direkte Schuldklage aus dem Realkontrakt u. s. w. Besitzt der Schuldner, so kann der Gläubiger nicht distrahiren; ex müßte die dingliche Pfandklage erheben, und das Negiren des Beklagten wäre nicht negatoria exceptio sondern verneinende Einlassung: vgl. c. 10 pign. a. 4, 24.

Der Eigenthumsbesitzer als negatorischer Kläger hat auf Widerspruch sein Eigenthum zu beweisen (nicht bloß zu bescheinigen: Puchta im rhein. Mus. 1 [1827] S. 165 ... 85), während im positiven Eigenthumsrechtsstreit der Besitzer von dieser Beweislast frei ist: v. Vangerow §. 353 Anm. 2 S. 878. Darum ist die Klage keine Eigenthumsklage — a. M. Mühlenbruch §. 292, Vangerow und viele Andre —, weil das Eigenthum nicht der streitige Hauptpunkt ist, sondern nur präjudiziell in Frage

kommt: §. 2 I. aa. 4, 6 vv. Quod genus rell. Duroi ziv. Arch. 6, 14 §. 8 hält ſogar die confessoria für eine actio aus dem Eigenthum. Für beide Klagen war Dieß im ältren Rechte wahr, ſo lange nämlich ein Cizero mit Recht ſagte, Servituten ſeien lediglich die Grundſtücke ſelbſt mit Beziehung auf beſondre rechtliche Qualitäten derſelben: vgl. Pernice comm. j. R. duae (1855) p. 132 f.

Dennoch fließt die Befugniß, Störungen ſelbſt klagweiſe zu unterſagen, das Recht dazu zu verneinen, lediglich aus dem Eigenthum: Pernice p. 193. Da nun das Eigenthum den Körper der Sache rechtlich erfüllt und als ſolches jeden Dritten a priori von Einwirkungen ausſchließt, ſo kann man die negative Klage lediglich als eine Herausforderung des Beklagten zum Beweiſe der Rechtmäßigkeit dieſer Art von Einwirkungen, wie er ſich ſolche erlaubt, auffaſſen.

Der klägeriſche Eigenthumsbeweis iſt aber nicht nur der Nachweis der Legitimation zur Klage: Pernice p. 196 Witte p. 37. 39 sq. Weiter hat der Kläger Nichts zu beweiſen: Veltheim a. conf. und neg. (1822) Mittermaier im Arch. Bd. 19 (1836) Francke ziv. Arch. 21 (1838), 1 Wirth über d. Beweisl. b. ang. Neg. Kl. (1853). Ein ſtarkes Argument aus dem Scholiaſten Stephanus hat jetzt Pernice p. 182 sqq. zur Geltung gebracht. „Wenn ich ſo klage," — ſagt der Scholiaſt — „tibi jus non esse utendi fruendi invito me, oder ſo: si paret mihi jus esse prohibendi te uti frui: dann thue ich kund und zeige (δηλόω), daß ich Eigenthümer bin, und räume den Gegner aus dem Felde durch die Nachweiſe meines Eigenthums." In Theophilus ad §. 2 I. aa. 4, 6 fehlt „invito me". Dieß iſt doch unerläßlich. Der Mangel alſo verdächtigt die Genauigkeit der Ueberlieferung. Pernice p. 185 sq. rekonſtituirt Wort und Sinn des Theophilus folgender Maaßen: „Denn nachdem (ἐπειδή) zuzugeben (zugeſtanden oder bewieſen) iſt, daß ich der Eigenthümer bin über dieſelbe Sache, deren Nießbrauch der einredende Beklagte für ſich behauptet: ſo ſcheine ich mit „si paret illum non habere usumfr. in agro meo" in Wahrheit zu ſagen, „(ohne: si paret) mein Acker iſt frei von Nießbrauchsrecht", und in dieſem Sinne iſt die Intention poſitiv (konfeſſoriſch), ſo rein verneinend auch ihre Worte lauten".

Theophilus prüft die alte Intention, nachdem der Kläger sein Eigenthum zeigte, und folgert, daß damit hinlänglich Positives gezeigt sei, nicht etwa der Kläger noch das Nichtbestehn des beklagtischen Spezialrechts darzuthum habe wie man aus den bloßen Worten der Intention zunächst vielleicht, und sicher irrig, schließen möchte. —. Vgl. auch Witte §. 3.

L. 8 §. 3 si serv. vind. 8, 5 (Pernice p. 293 sq.) bestimmt die Partheirollen. Davon kann es abhängen, ob A gegen B negatorisch, oder aber B gegen A konfessorisch zu klagen hat. Durch Besitz allein ist man hinreichend passiv legitimirt zur confessoria actio. A muß also zusehen, daß B nicht den Balken in die Wand des von A besessenen Hauses einfüge. Protestirt nämlich A vorher, so braucht er nicht sein Eigenthum am Hause zu zeigen, vielmehr muß B sein Servitutenrecht darthun. Ist dagegen der Balken glücklich an Ort und Stelle, so kann nur der Eigenthümer [1]) des belasteten Hauses (vorbehaltlich der negatoria Publiciana), [2]) jedenfalls nicht der Besitzer als solcher den Rechtsbeweis verlangen: Puchta Inst. §. 233 Anm. b: es sei denn, daß die Versetzung in Quasibesitz eine vitiöse war, denn dann genügt nach bekannten Grundsätzen das interdictum retinendae possessionis (prohibitorium: l. 8 cit. §. 5) zur Wiederbeseitigung der Störung des Sachbesitzes: c. 8 serv. 3, 34.

---

1) Pernice p. 181 (nach Hufeland): „Ist der Kläger nicht Eigenthümer, so hindert der Mangel des Spezialrechts den Beklagten als einen Quasibesitzer nicht am Siege: vincet jure, quo (quasi-) possessores sunt potiores. Ist also der Kläger wirklich Eigenthümer, so muß Dieser siegen meliore jure dominii, nisi contrarium probet adversarius."

2) Puchta im rh. Mus. Bd. 1. Pernice p. 196 sqq.: Es ist unglaublich, daß dem publ. Berechtigten aus der theilweisen Störung die Rechtsklage nicht zustehen sollte, welche ihm doch aus totalem Verlust seines Rechtsbesitzes bewilligt ist. Es muß also dem Zufall Schuld gegeben werden, daß keine überlieferte Quellenstelle der Publ. neg. a. gedenkt, welche in Formulirung so gelautet haben wird: Si, quem fundum Agerius emit isque ei traditus est, biennio possedisset: tum, si Negidio jus non esset ex eo fundo aquam ducere invito Agerio, neque Negidius arbitratu tuo restituet: judex condemna. —. Da aber mit der Publiciana nur gegen den schwächer Berechtigten durchgedrungen werden kann, so genügt zum Siege des konfessorisch Erzipirenden derselbe Beweis, welcher den Sieg des Klägers in der (quellenmäßig überlieferten) actio confessoria Publiciana sichert: vgl. Witte p. 48.

Ohne spezielles Recht, ohne Wissen und Willen des Eigenthümers darf Niemand Etwas mit der Sache, in der Weise daß das Eigenthum belastet erschiene, vornehmen. Im Eigenthum liegt absolute Verbietungsbefugniß, daher aus diesem s. g. jus prohibendi auch eine positive Formel — prohibitoria actio — für unsre Klage gefunden wurde. Wenigstens ist eine materielle Verschiedenheit des praktischen Ergebnisses beider Formeln weder nachweislich noch wahrscheinlich: Stephan in Sav.'s Z. Schr. 14 (1848) 8 v. Vangerow §. 353 Anm. 1 a. E. Der Ausdruck „prohibere" paßt am Besten auf unvollendete Störungsversuche: l. 11 si serv. vind. 8, 5 Zachariä v. Lingenthal in Sav. Z. Schr. 12 (1845), 8 Pernice p. 164. Vgl. l. 14 pr. ib.: Eine gewisse Wand ist mein. Ich duldete, daß Du einmal Balken einfügtest. Nun willst Du neue einsetzen. So kann ich prohibitorisch, und, hast Du bereits eingesetzt, auf Wegnahme klagen. Siehe auch l. 15 ib. Ein thatsächlicher Anfang der Störung ist übrigens auch zur proh. a. erforderlich: Schmid Anm. 7, denn die proh. richtet sich gegen die That, die neg. gegen die Resultate der That: z. B l. 17 pr. ib.

Ist der Kläger nicht Eigenthümer, so liegt der Beklagte auch ohne specielles Recht. Beati (quasi-) possidentes! Vgl. l. 15 op. n. n. 39, 1 v. Vangerow Anm. 2 Nr. 3 a.

Nach Beschaffenheit der Anmaaßung, z. B. aus neg. de usufructu a.: l. 5 §. 3 si us. pet. 7, 6, kommen auch Früchte in den Prozeß; Dieß jedoch nur aus indirekten Störungen. Aus direkten Störungen hat der Richter, abgesehen von Anerkennung der Eigenthumsfreiheit und materiellen Restitutionspflicht, lediglich das Unterbleiben solcher Beunruhigungen für die Zukunft wahrzunehmen: §. 6 ib.. Dieß vollzieht er durch Kautionsauflage: l. 12 si serv. vind. 8, 5.

Wie der Eigenthümer der thatsächlich belasteten, rechtlich frei behaupteten Sache die negatoria, so hat der Eigenthümer [1]) des in einer Realservitut herrschenden Gutes die confessoria actio: l. 1 ib. 8, 5. Die letztre Klage heißt auch servitutis vindicatio.

---

1) Grabmäler jedoch sind nicht privateigen, dennoch kann man die Gerechtigkeit des Weges zum Grabmal vindiziren.

Gewiß drücken alle servitutum negationes, welche klageweise aufgestellt werden, sich in Form der negatoria actio aus, obwohl der Bereich der neg. a. dadurch nicht erschöpft wird. Die, positive und negative, Nießbrauchsklagen, das Muster für Personalservitutklagen, wurden Vorbild auch für die Klagen aus Realservituten: l. 2 pr. ib. In beiden Klagen galt als bürgerliche Frucht auch das laufende Interesse: l. 4 §. 2 ib.. Die klageweise Negation einer negativen Servitut — z. B. altius non tollendi — gewinnt konfessorische Form: vgl. Witte §. 4, da die beiden Negationen einander tilgen; materiellen Einfluß auf die Beweislast kann Dieß nicht üben: Pernice p. 138 vgl. 180. Z. B. §. 7 ib.: „Ich bin berechtigt, gegen Deinen Willen [1]) höher zu bauen". Die Worte „gegen Deinen Willen" sind unerläßlich, falls ich gegenüber einem andern Nachbarn dieses s. g. Recht nicht hätte: Pernice p. 179.

Also ist die negatoria am Häufigsten eine materielle Umkehrung der confessoria, und heißt daher auch contraria actio: l. 8 pr. ib. Pernice p. 131. Z. B. „Du hast kein Recht, mich zur Ausbesserung meiner Wand" (Konsequenz einer serv. oneris ferendi) „zu zwingen".

Aber die neg. richtet sich auch gegen jede Immission, selbst nur von Rauch und Wasser. Irrelevant ist es dabei, ob der Immittent auf seinem Boden stand; z. B. er klopft Steine, daß die Splitter über den Gränzzaun fliegen. S. Th. I S. 118 ff.. Um „selbst an sich erlaubten, Rauch durch künstliche Leitung etwa grade in der Richtung nach einem Nachbargrundstücke abströmen lassen zu dürfen: dazu bedarf es wiederum eines ächten Servitutenrechts: §. 7 ib.. Uebrigens erzeugen die gesetzlichen Eigenthumserweiterungen, jenseits Eigenthumsbeschränkungen bedeutend, z. B. der erlaubte Rauch (mäßiger Rauch vom Heerde) in seinen Schranken, so wenig als natürliche Eigenthumsbefugnisse eine conf. a.: §. 6 ib.. Denn, weil Niemanden die eigne Sache zu dienen vermag, sind sie keine selbständigen Rechte.

---

1) „Invito me" in der negativen Fassung unsrer Klage ist unerläßlich, weil Jeder nur sein Recht, nie fremdes — auch nicht verneinend —, einklagen kann. Die bewiesene Nichtexistenz des fremden Rechts an sich beweist keinen Anspruch zu meinen Gunsten. Vgl. Pernice p. 160.

Iſt aber eine negative (ſtädtiſche Grund-) Gerechtigkeit durch Freiheitserſitzung erloſchen, ſo iſt ſcheinbar das poſitiv umgekehrte Recht — z. B. altius tollendi: ſ. oben — erworben, und dieſer Schein hat ſelbſt die Römer verführt, conf. actionem zu geben, obwohl auch hier neg. actio — die allerdings ebenfalls gegeben wird — das einzig Logiſche iſt: Gai. 4 §. 3. —. §. 2 J. aa. 4, 6: Freilich erhellt aus dem Verlaufe, daß in dieſer Stelle die gegenſeitig zuſtändigen Klagrechte zuſammengeſtellt ſind. „Jus non esse adversario utendi fruendi, ... altius tollendi .... Auch dieſe ſind in rem, aber negativae". Formell negativ iſt die Klage aus altius tollere licere in der That nicht; in dieſem Sinne ahmt Theophilus den Pandektenjuriſten nur nach, wenn er ſolche Klagen grabezu unter die konfeſſoriſchen ſetzt. v. Vangerow §. 342 Anm. 3. Die Konſequenz des Irrthums bezeichnet die Klage aus serv. altius non toll. als neg.; ſo nicht erſt Juſtinian, ſondern ſchon Pandektenjuriſten. Vgl. l. 15 si serv. vind. 8, 5: Mein Nachbar entzieht durch Höherbauen ſeines Hauſes dem meinigen Licht und Luft. Vor Vollendung klage ich prohibitoriſch, hernach auf Beſeitigung des Unrechts. L. 17 §. 1 ib.: Ein Ort meines Hauſes dient dem Deinigen ſo, daß ich gewiſſe Sachen — z. B. die Betten — nicht daſelbſt auslegen noch aushängen darf; aus Zuwiderhandlung klagſt Du neg..—. Somit kann die conf. a. aus negatoriſchem Servitutenrecht als neg. benannt werden, doch bleibt ſie materiell, beſonders in Rückſicht der klägeriſchen Beweislaſt des Servitutenrechts, auch dann die conf.

Ueberſchreitung zuſtändigen Servitutenrechts begründet Zuſtändigkeit der negatoriſchen Klage: l. 9 pr. si serv. vind. 8, 5 vgl. Theil I S. 7.

Nemini res sua servire potest, mag er auch nur Bruchtheilsherr ſein. Alſo kann nicht konfeſſoriſch, dennoch aber negatoriſch geklagt werden zwiſchen Miteigenthümern: l. 11 ib. z. B. die unſern beiderſeitigen Häuſern gemeinſame Verbindungswand neigt ſich durch Deine Vorrichtung gegen mein Haus: l. 14 §. 1 ib.. Inter condominos melior est causa prohibentis quam facientis. Eben darum hat der Bruchtheilsherr gegen Dritte die Klage ſolidariſch: Seuffert Arch. 3, 145.

Von jeher war die neg. eine vindicatio, nicht rei, ſondern ſpezialiſirt: Nego tibi jus esse (z. B.) utendi fruendi fundo

meo (z. B.) Tusculano invito me. Darauf hin ward kontravindizirt: Aio mihi j. e ... fundo tuo ... invito te. Schmidt von Ilmenau in Sav.'s Z. Schr. 15 (1850), 6. Im neuern Recht ist die Kontravindikation zur confessoria exceptio gediehen: l. 16 ib. 8, 5. Daraus folgt aber wiederum nicht, daß nur Servitutenrechtsanmaaßungen der neg. a. Raum geben; diese Klage kann (negativa) de servitute actio sein: l. 17 §. 2 ib., doch ist sie dieß nicht immer. Die conf. exc. ist nicht wesentlich, wie die alte contravind. dieß war. Daher ist die prohibitoria actio ursprünglich stets dann die rechte Klage gewesen, falls der zu Beklagende zwar stört, nicht aber sich ein Servituteurecht beilegt: „Aio mihi jus esse prohibendi te ...". Antwort: „Nego tibi j. e. p. me ...". In dieser Form ward die Klage überflüssig seit Wegfall der contravind.; nun wendete man sie an auf coeptum opus nec finitum, da der Richter hier nicht zugleich auf tollere erkennt. —. Conf. exc. ist vom Beklagten zu beweisen. Er muß Sicherheit stellen für mittlerweile Nichtausübung, ohne Präjudiz des Rechtsverlustes durch Nichtgebrauch: l. 7 aqua 43, 20.

Die neg. a. sieht nicht auf culpa, so sehr das Verurtheilungsmaaß durch culpa influirt werden kann. Ist der Nachbarsbaum durch den Wind herübergebeugt, so ist aus dem Tafelsatz wegen Beseitigung solcher Bäume die negatorische Klage zuständig: l. 2 arb. caed. 43, 27. Ebenso wenn er herüberwurzelte: l. 6 §. 2 arb. furt. caes. 47, 7; hier ist der Fall rechtswidrigen Handlungen — wie Balkeneinschiebungen, Vordach — insofern gleichgestellt.

Sehr treffend schildert Puchta §. 172 unsre Klage: „In Veranlassung und Gegenstand unterscheidet sie sich von der r. v., nicht in ihrem Grunde .... Die Gewohnheit, [1]) die Negatoria zu den Servitutenklagen zu stellen, ist recht dazu geeignet, unrichtige Vorstellungen von ihrer Natur zu erzeugen."

So lehrte Glück 10 §. 687 S. 254 ff.:

„a) der Beklagte hatte das Possessorium angestellt, und ist beim Quasibesitz ... rechtskräftig geschützt worden. Hier würde es höchst inkonsequent sein, wenn er gegenüber der Negatorienklage

1) Rubr. Dig. 8, 5: si serv. vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

beweisen sollte, daß die Befugniß, in deren Besitz er geschützt worden, ihm zustehe". Niemand verlangt Dieß zunächst. Auch wir fordern vom Kläger vor allen Dingen den Eigenthumsbeweis. Dieß fühlt G., und deckt sich also:

„Die Vermuthung der natürlichen Freiheit kann hier dem Kläger nicht mehr zu Statten kommen. Denn diese lag schon beim possessorio vor. Ward nun dennoch damals nicht auf selbige Rücksicht genommen, ... so kann ... noch weniger ... derselben jetzt noch die Wirkung beigelegt werden, daß der Gegner, der ungeachtet jener Vermuthung geschützt ward, nunmehr doch noch den Gegenbeweis wider diese Vermuthung führen sollte. Es lagen ja jener Vermuthung keine, als illiquid in separato auszumachende, Fakta zu Grunde: ... sie ist ... nothwendige Folge des Eigenthums." — Aber in possessorio wird grade Eigenthum noch nicht bewiesen. Richtig ist, da Verneinungen Beweissatz sein können.

„Unmöglich ist dieser Beweis nicht, da sich ... fehlerhafter Besitz ... oder ... Verlust der Servitut ... beweisen läßt, auch ... Eideszuschiebung ... unbenommen bleibt." —. Also der Sieger in der Besitzklage ist vermuthlich Berechtigter im Rechtsprozesse?? Jeder Besitzer ist präsumptiv Berechtigter?? Nimmermehr! Ueber Recht ist im Besitzprozesse nicht gestritten noch entschieden, Besitz ist reine Thatsache, an sich kein Unrecht. Der Nichtbesitzer hat sein Recht zu beweisen. In petitorio der neg. a. also zeigt der Kläger sein Eigenthum: hieraus fließt die rechtliche Vermuthung — übertrieben von Schmid S. 378 — des Unbelastetseins, wie die Gegner selbst einräumen. Die Einrede fehlerhaften Besitzes gehört in das possessorium. Der Beweis des Servitutenverlustes ist Beweisreplik in petitorio. Die Eideszuschiebung wendet ein Kläger an in Ermanglung seiner Eigenthumsbeweisbarkeit.

„b) Dem Beklagten ... ist der Eigenthümer mit der Negatorienklage zuvorgekommen. Hier muß der Beklagte ... beweisen" — Schlösse aber wirklich der Besitz präsumptiv das Recht ein, so müßte der Beklagte durch Nachweis des Quasibesitzes confessoriam exceptionem zunächst bewiesen haben. Dieß fühlt G.:

„Diese Vermuthung kann nur da von Wirkung sein, wo sie allein steht, am Wenigsten aber da wo sie mit einem stärkern Gegner, dem Eigenthümer, streitet." —. Aber der Beklagte behauptet

geradezu sein Nichteigenthum, indem er ein Servitutenrecht beansprucht. Völlig ungenügend ist es, an zufälliges Zuvorkommen die wichtigste Rechtsfolge zu knüpfen.

Pape in Linde's Z. Schr. 16 (1842), 6 unternimmt den Beweis, daß die ganze s. g. praesumptio pro dominio Nichts als eine negative Vermuthung sei, die dem beklagten Quasibesitzer gegenüber nie den Kläger des Beweises der Nichtexistenz des Spezialrechts überhebe. —. Besitzt N. mein Eigenthum, so brauche ich nur mein Eigenthum zu zeigen; besitzt er weniger, eine Servitut, so soll ich mehr zu zeigen haben?? Es wundert mich, daß Seuffert §. 183 (vgl. dessen Erörtrr. 2 [1821]) etwas so Unpraktisches seinem „praktischen Pandektenrecht" einverleibt hat. Aber freilich stehen die O.A.GG. Lübeck, München (Seuffert Arch. 1 Nr. 17), Stuttgart (2 Nr. 142) auf seiner Seite. Es ist gewiß richtig, daß Negativen Gegenstand der Beweislast sein können; es ist eben so wahr, daß die Klage negativ lautet, und man beweisen muß, was man behauptet. Aber wie weit man genug bewiesen habe, das ergiebt sich nur aus der speziellen Natur der einzelnen Klagrechtsart. Zuverlässig hat der Kläger, da er Eigenthum zeigte, absolute Verbietungsbefugniß. Und überall hat der Gegner behauptete Beschränkungen des allgemein erwiesenen Klägerrechts zu erweisen. Endlich ist jene Praxis keine allgemein gebilligte: s. O.A.G. Darmstadt bei Seuffert 1 Nr. 409.

v. Löhr Magazin 3 (1820), 16,7 beschränkt die falsche Meinung auf ss. praed. urb., [1]) während doch seine Beweisstellen — l. 8 §. 3 si serv. vind. 8, 5 l. 15 op. n. n. 39, 1 — theils nur die Partheirollen nach dem Quasibesitze bestimmen, theils allerdings einen Beweis seines Rechts vom neg. Kläger fordern, ohne übrigens hier das „Wie" zu bestimmen, geschweige die Führung mittelst Eigenthumbeweises, also bis zur libertatis praesumptio, abzuschneiden. Aus der zweiten Stelle kann man allerhöchstens soviel schließen. Denn hier erfolgt die Strafe der Nichtvertheidigung: Besitzverlust. Offen bleibt der Beweis der Nichtexistenz des Klägerrechts. Wird also der Grundherr gestraft, dann ist hieraus auf die ordentliche Beweislast kein Rückschluß zulässig.

1) Fritz zu Wening 1 S. 372: ... und ss. personales; bei ss. praed. rust. nur falls der Gegner in possessorio siegte.

Negatorien- und Eigenthumsklage können zur Auswahl freistehn. Sie thun Dieß stets dann, wenn die gegnerische Anmaaßung sich mit Innehaben der Sache verbindet. Wird der Eigenthumsklage der Vorzug geschenkt, so dient das neg. Element zur Replik. Dieser letztre Weg ist — elektiv mit Schuldklage —, falls die Servitut gilt, wegen konnexer Klägeransprüche, wie Nießbrauchskaution, der allein beschreitbare: l. 7 pr. us. quemadm. cav. 7, 9.

Es giebt keine exceptio neg., [1]) sondern nur eine verneinende Einlassung. Auf Nichteinlassung stand, wie gegenüber der Eigenthumsklage, Umkehrung der Beweislast. Der konfessorisch Beklagte zeigt also nunmehr sein Eigenthum, wie sonst ein neg. Kläger; um nicht der conf. a. zu erliegen. Intermediär gilt Quasibesitz, daher bei serv. non faciendi Kaution für Unterlassen vom Beklagten zu stellen ist. —. Umgekehrt, vertheidigt der neg. Beklagte nicht, so gilt inzwischen kein Quasibesitz, und ist der Kläger eigenthumsbeweisfrei. Selbstvertheidigung steht ihm nicht zu, auch nicht operis novi nunciatio: denn für Beides hat er Unterlassungskaution zu stellen: l. 15 op. n. n. 39, 1 Pernice p. 241 sqq. Witte §. 8.

---

1) Schon die Vorschützung der exceptio dominii soll gemäß dem Obertrib. Stuttgart bei Seuffert 3 Nr. 303 die Negatorienklage unstatthaft machen. Dieß beruht auf der irrigen Voraussetzung, als wenn jeder neg. Beklagte ein dingliches Spezialrecht behaupten müsse. In Wahrheit bleibt die Klage zuständig und ist die Eigenthumsfrage präjudiziell zu erledigen, um so mehr als der besitzende Eigenthümer die Eigenthumsklage nicht erheben kann. Nicht anders steht es um die Einrede, der begangne Weg sei ein öffentlicher: selbst falls nach Partikularrecht diese Frage zu entscheiden der Verwaltungsbehörde zustände: a. M. ist wiederum O.Trib. Stuttgart das. Nr. 148. —. Der exceptio confessoria, falls sie bewiesen ist, stellt der Kläger die Beweisreplik entgegen, die Servitut sei wieder erloschen. Natürlich muß jener Exzipient genau dasjenige Recht behaupten und darthun welches der Kläger ihm bestritt. Eingestandnes Recht steht auf demselben Punkte wie bewiesenes. Giebt jedoch der Kläger das Recht zu, bestreitet aber, es dürfe, wie geschehen ausgeübt werden: so ist 1) neg. a. kompetent, obwohl die Quellen kein Beispiel überliefern, 2) alterirt jenes Zugeständniß, wegen Mangels der Identität, die Beweislast nicht, außer daß der konfessorische Exzipient seine Beweispflicht auf die Divergenzpunkte beschränkt sieht; zieht er aber vor und ist im Stande, sein Servitutenrecht zu beweisen, dann wird so lange für dessen naturgemäße Unbeschränktheit vermuthet bis die Beweisreplik wirkliche relevante Schranken offenbar macht. Vgl. Pernice S. 200 ff.

§. 14. Publizianische Klage.

Die Eigenthumsklage fand eine Erweiterung als Publiciana actio: Bellat S. 427 ... 600. Diese Klage beruhte auf Edikts-recht; aber, welcher Publicius praetor sie zuerst aufgestellt, ist nicht zu erweisen. Leicht möglich ist es der bei Cic. pro Cluent. 45 §. 126 erwähnte: „quum defendissem apud M. Junium, Q. Publicium, praetores"; der Zusammenhang lehrt, daß Beide gleichzeitig, also der Nachgestellte Fremden-Prätor war. Da nun der Ausländer damals nicht ersitzen konnte, so scheint jene Klage ihm gegeben zu sein auf Grund des Erwerbs von Manzipi Res mittelst Tradition. Denn auch der Manzipation, In Jure Zession, überhaupt der bürgerlichen Erwerbsformen war er unfähig. Hatte er Nek Manz. Res mittelst Tradition erworben, so genügte die Fiktion, als wenn er Bürger wäre, oder umgekehrt die Weglassung von „ex jure Quir.", ihm die Eigenthumsklage zugänglich zu machen. Daß Dieß ungenügend war für Manzipi Res, erhellt daraus, daß auch kein Römer Eigenthum über solche Sachen durch Tradition erwarb, Vindikation ohne jene Worte aber über diese Gegenstände quiritischen Eigens in ältrer Zeit gewiß nicht statthatte. Das Edikt also verbessert das Zivilrecht: die bürgerliche Gesellschaft darf ihren, ehemaligen Haupt-, Reichthum an Manzipi Res durch Veräußerungen an Ausländer vermindern. Formell jedoch bleibt dem Zivilrecht dauernde Ehre; unsre Klage ist nur utilis r. v.. Schon ältrer prätorischer Rechtsentwicklung gehört die Geltendmachung des s. g. natürlichen Eigenthums mittelst doli exc. an. Römern nun genügte die Erweiterung zur replicatio. Dieß grade war für Ausländer der verbotne Weg, da sie dann immerhin mit Klage ex j. Quir. hätten den Anfang machen müssen. Somit war für sie eine eigne Klage zu schaffen: die Publiciana.

Anfangs sagte der Prätor: Si quis id, quod traditur ex justa causa, petet, judicium dabo. Dieser Anordnung bemächtigte sich der Stadtprätor, für Römer. Und hier, wo man Ersitzungsfähigkeit erblickte, wurde das Edikt an das Zivilrecht angeschlossen durch seine Reduktion auf ehemalige Ersitzungslage. Dadurch wurde es fruchtbar und paßte auch auf Erwerbungen durch Veräußerungen

von Nichteigenthümern. Daraus entſprang die von Bürgerrecht und Manzipi Res unabhängige, ewige, publizianiſche Klage.

Das Edikt lautete nun: Si quis id, quod trad. ex j. c., nondum usucaptum, petet, j. d. —. Die Pandektenworte „non a domino et“ nach „causa“ ſcheinen juſtinianeiſch: Obrock de Publ. (1843) p. 19 sqq. (a. M. v. Vangerow §. 335 Anm. Nr. 1), weil es früher eine Erſitzung auch aus Auktorität des dominus, nämlich aus Eigenthumstradition von Manzipi Res gab. Noch bei Juſtinian ſind ſie ungeſchickt, indem ſie den Streit erregen, ob, auch wer vom Eigenthümer erwarb, publizianiſch klagen könne. Jedenfalls muß arg. l. 1 §. 4 qd leg. 43, 3 für den (gewöhnlichen) Fall der Ungewißheit, ob ſein Auktor Eigenthümer war, der Kläger die Eigenthumsklage und Publiziana alternativ kumuliren dürfen:

„(Weil es oft ungewiß iſt, ob Jemand pro legato oder pro herede oder possessore beſitze, ſo ſchreibt Arrian ſehr ſchön,) hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis pro her. vel pro poss., sive pro leg. possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere quotiens incertum est quae potius actio teneat: nam duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit.“

Unter Umſtänden erübrigt die Publiziana dem Eigenthumsprozeßbeſiegten:

l. 39 §. 1 ev. 21, 2: Der Sklave C des A kauft von D den Sklaven E und verkauft denſelben unter Gewährleiſtung an B. Auch hatte D dem A garantirt. B empfängt die Waare, zahlt den Preis, und erhebt nach ſpätrem Beſitzverluſt Eigenthumsklage. Er unterliegt, nicht aus Titelmangel, ſondern aus der entfernteren Rückſicht, weil ſein Auktor nicht Eigenthümer war; denn kein Sklave kann ohne des Herrn Willen deſſen Eigenthum veräußern. Da ihm aber die Publiziana noch zuſteht, ſo kann er noch nicht auf A, ebenſowenig A auf D zurückgreifen. Denn die der Rückgriffsklage entgegenzuſtellende Betrugseinrede fällt nur durch wahre und vollkommne Entwährung hinweg. —.

Hier hat im Eigenthumsprozeſſe der Beklagte dargethan, daß der Auktor des Klägers demſelben kein Eigenthum verſchaffen

konnte. Vorausgesetzt war der klägerische Titelbeweis. Die Publiziana unterliegt jener Beweiseinrede nicht: daher bleibt sie zuständig; denn es ist möglich, daß der Beklagte keinen Ersitzungsbesitz hat. —.

l. 66 pr. ib.: Schenkte der Käufer den Ermahnungen des Verkäufers, statt der Eigenthumsklage lieber die publizianische oder die Klage des Erbzinsmannes (actio de fundo vectigali) anzustellen, kein Gehör, so wäre es Chikane, wollte er nun nach Verlust des Eigenthumsprozesses den Rückgriff nehmen, da er doch die Gewährung vermeiden konnte. Das Gleiche gilt nicht von der Pfandklage; denn, obwohl sie dinglich ist, so verschafft sie doch nichts Eigenthumsähnliches, sondern nur Besitz ohne Fülle von Eigenthumsbefugnissen, selbst den Besitz prekär, schwindend seit Tilgung der Hauptschuld; weßhalb sie dem Eigenthumskäufer gar nicht ohne besondre Pfandrechtszession zusteht. —. Stellt sich also h. z. T. ein s. g. Obereigenthum eines Dritten heraus, so hindert Dieß den Eigenthumskäufer nicht, die Klage eines Untereigenthümers zu gebrauchen. Stellt sich Dritteigenthum heraus, so hindert Dieß den (per traditionem ex justa causa) relativen Erwerber nicht, die der Eigenthumsklage verwandteste Klage durchzusetzen: die Publiciana in rem actio: Dig. 6, 2 dicht hinter der rei vindicatio. Auch in diesem Titel überwiegt die Ediktsreihe und ist — aus gleichen Gründen wie im tit. de r. v. — der Sabinusmasse vorangestellt. Ulpian und Paulus wechseln ab, Dieser Jenen ergänzend, Jener als Mittelpunkt der Kompilation; zweimal zwischengeschoben ist Gaius.

Das Edikt lautet in den Pandekten: l. 1 pr. h. t. 6, 2:

Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo. —. Man kann ein Komma hinter „traditur“ oder „causa“ oder „domino“ setzen: Schilling Inst. II §. 176. Hierüber hat die wissenschaftliche Auslegung zu entscheiden. Gaius 4 §. 36 beweist, daß „ex justa causa“ zu „traditur“, nicht zu „petet“, gehört. Folglich ist in l. 3 §. 1 h. t. 6, 2: Ait praetor: „ex justa causa ... petet“ zu lesen? Die trennenden Punkte (...) sind unnöthig, da die Stelle lediglich die j. c., nicht den nachfolgenden Ediktsinhalt, jene j. c. aber als Erforderniß des Klagrechts betrachten will.

„Traditur ex justa causa“. Ehemals war die Fassung enger: Si quis id quod bona fide emit nondum usucepit: arg. l. 7 §. 11

l. 8 sqq. h. t. 6, 2. Emere, nehmen, umfaßt ursprünglich auch den Empfang der Waare. Bei später häufiger Zeittrennung von Kauf und Tradition lehren jene Ediktsworte, daß auch im Kaufmoment guter Glaube verlangt wird, während bei andern justae causae nur auf die Zeit des Empfangs geachtet wird.

„Non a domino“ darf, wie die Basiliken darthun, auch nicht zu „petet“ gezogen werden.

Von Tradition ex j. c. wurde die Klage erstreckt auf alle relativen Eigenthumserwerbungen, z. B. Vermächtniß: l. 1 §. 2 h. t. 6, 2. Da nun Vermächtnißerwerb nicht Besitzerwerb voraussetzt, so scheint auch die Publiziana hiervon insoweit befreit. Zwar Ersitzung beginnt nie ohne Besitz: l. 25 u. 41, 3, aber Publiziana ist nicht Ersitzung. Wie die Publiziana erst aus Verlust der Ersitzungslage mittelst Besitzverlustes hervorgeht, so mag sie auch ursprünglich da sein wo, falls nur Besitz da wäre, Ersitzungslage vorliegen würde. Doch — vgl. daher §. 4. J. aa. 4, 6 — enthält die Publiziana eine Fiktion der Vollendung, und setzt also den ehemaligen Beginn der Ersitzungslage voraus: Guyet Publ. a. (1823) p. 47 sqq.. Ersitzung pro legato fordert Besitz: Paptinian l. 8 pro leg. 41, 8: Si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatae rei usucapio competit. —. „Sine vitio“: darin liegt auch: „non sine voluntate heredis“: l. 1 §. 2 qd leg. 43, 3; Eigenmacht ist stets unbillig. Nach §. 11 ib. sind die Worte des dem Erben zuständigen interdictum quod legatorum „voluntate eius ad quem ea res pertinet“ so auszulegen, daß die Verstattung der Besitznahme erst dem Erbschaftsantritte nachfolgen kann.

Nicht aber darf die von Schmid §. 16 Anm. 21 als Hauptstelle hierher bezogne l. 12 §. 1 h. t. 6, 2 für unsre Frage benutzt werden. Denn possessio defuncti (für Ersitzung und Publiziana und remedium recuperandae poss.) quasi juncta descendit ad heredem, der Universalfideikommissar ferner ist heredis loco: vgl. l. 24 §. 1 f. herc. 10, 2. Kann er also auch ohne besondren Besitzerwerb der Publiziana sich bedienen, so steht diese Klage zur Eigenthumsklage, wie seine ficticia zur directa hereditatis petitio des Fiduziars. Der Fall nähert sich also der im Ganzen bei Justinian erloschnen Funktion der Publiziana (Tradition von Manzipi Res).

Die bona stehn zur hereditas ähnlich wie das bonitarische zum quiritarischen Eigenthum. Dennoch kann jene Publiziana mit einer nochmaligen Utilität bekleidet werden, und zwar mit der Utilität der bei Justinian als Regel geltenden Publiziana: nämlich falls auch der Erblasser nur die Ersitzungslage hatte. Aber auch in diesem wahrscheinlichen Sinne ihrer Rezeption beweist die Stelle Nichts für den Singularnachfolger: sondern die Publiziana, d. h. hier das eigenthumsähnliche Recht welches als Grundlage der Publiziana zu denken ist, befindet sich in der Erbschaft, und geht in der Universalrestitution auf den Universalfideikommissar mit über.

Auch Eigenthumserwerb durch Richterzuspruch fordert nicht Besitzerwerb. „Auch falls adjudizirt ist, steht die Publiziana zu“: l. 7 pr. h. t. 6, 2. Historisch erinnert diese Stelle an judicium imperio continens — über j. legitimum s. Vat. fragm. §. 47 —, wo nicht ipso jure der Erwerb geschah, sondern der Prätor den Zuspruch schützte exceptiones aut actiones dando: l. 44 §. 1 fam. erc. 10, 2. In der Kompilation jedoch ist l. 7 cit. nur auf Publiziana aus Auktorität des Nichteigenthümers zu beziehen. Da das Gesetz aber nur eine „justa causa“ verzeichnet, so muß das „traditur“ außerdem erforderlich sein.

Noch weniger beweist für Publiziana ohne Vorbesitz l. 11 §. 2 h. t. 6, 2: „Gezeugt beim gutgläubigen Besitzer der gestohlnen Sklavin, geboren bei einem Dritten“ (Bas. 15, 2, 11 schol. 2) „, ist das Kind, obwohl vom Kläger unbesessen, Gegenstand für Publiziana“; vgl. über Theillösung §. 8 ib., wo die Basiliken, caedere mit cadere verwechselnd, „partes recisae“ wiedergeben mit „*τῶν ἐκπεσόντων μερῶν.*“ —. Bedenkt man nämlich, daß hier die Grundsätze vom Zuwachs entscheiden, so muß Besitz der Mutter, als sie das Kind noch in ihrem Schooße trug, genügen.

Die gleichgültigste Stelle ist l. 15 h. t. 6, 2: „Kauft mein flüchtiger Sklave eine Sache vom Nichteigenthümer, so habe ich auch ohne Besitz die Publiziana.“ Der Sklave blieb mein und erwarb mir. Ihn allerdings verlor ich aus dem Besitz, aber „Ne servorum fuga dominis ex quacunque causa fiat damnosa“: Th. II S. 268.

L. 1 §. 2 h. t. 6, 2: „Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis (praetor) fecit mentionem, quum satis multae sunt

juris partes quibus dominium quis nanciscetur? utputa legatum" —. Bis hierher sollte man glauben, daß gerade aus Legat (nicht bloß Fideikommiß) auch ohne Besitzeserwerb Publiziana zustände. Daß dennoch jedenfalls der justinianeische Sinn ein andrer sei, lehrt der direkte Anschluß von l. 2: „— vel mortis causa donationes factae; nam amissa possessione competit Publ., quia ad exemplum legatorum capiuntur." Diese Stelle ist von Paulus, jene von Ulpian. L. 3. pr. „Sunt et aliae pleraeque" ist wieder ulpianisch. Ulpians Antwort also ist weggeschnitten. Wir denken sie folgender Maaßen:

Der Prätor gedachte nur der Tradition und Ersitzungslage, weil er einen Ersatz der durch unfreiwilligen Besitzesverlust abgeschnittenen Ersitzungslage gewähren wollte. Keineswegs hilft er Demjenigen, welcher Nichts verlor, sondern ein Eigenthumsgeschäft zu eignen Gunsten hat und behält.

Hatte aber der Erblasser publizianisches Recht, so wird dieses ohne Weitres dem Eigenthumsvermächtnißnehmer anstatt des Eigenthums erworben. Schmid §. 16 Anm. 22 beschränkt Dieß irrig auf „prätorisches (?) Eigenthum". Umgekehrt läßt v. Vangerow §. 335 Anm. Nr. II 1 a „jeglichen" Besitz des Auktors genügen. Aber grade Besitz, reine rechtlose Thatsache, geht nur durch Tradition über. — Hatte also der Erblasser nicht einmal publizianisches Recht über die Sache, dann bleibt Tradition immer erforderlich. Für die historische Auslegung ist „legatum" der l. 1 §. 2 cit. nur Vindikationslegat: vgl. Gai. 2 §. 196 Ulp. 24, 7.

Die m. c. donatio der l. 2 cit. ist aufschiebend bedingte Eigenthumsgabe. Wie aus Vermächtniß auf den Fall von Erbeseintritt, wirkt dort auf jeden Fall der Tod das Eigenthum, bei Beidem vorbehaltlich der Falzidia; dagegen das i. quod legatorum auf die Schenkung deßhalb nicht paßt, weil die Sache nie erbschaftlich, außer zum falzidischen Theil, zu welchem sie nie nichterbschaftlich wird.

Wohl steht die dingliche Klage des deutschen Rechts (Delbrück S. 296) dem Legatar u. s. w. schon aus dem Vorbesitze des Erblassers zu.

Justae causae sind (l. 3 §. 1 h. t. 6, 2:) Kauf, (l. 7 §. 5:) Tausch, (§. 3:) Schenkung, Mitgift, Endurtheil, (pr.:) Richterszuspruch, (§. 1:) Darreichung der Geldschätzung des Streitobjekts,

l. 4:) Schuldtilgung, (l. 5:) Auslieferung (noxae datio). Die letzte causa — wird ausdrücklich bemerkt — darf falsch sein; wenn nur der Eigenthumsvertrag wahr und vollzogen ist. (L. 6.) Entzog der Noxabeklagte sich der Prozeßdefension: so begründete prätorisch gestattete ductio des schuldigen Hauptes ein bonitarisches Eigenthum: l. 26 §. 6 n. a. 9, 4. Verwandt ist die Einweisung aus zweitem Dekret wegen drohenden Schadens: l. 18 §. 15 d. i. 39, 2. Auch hier erwächst Publiziana nur aus Vorbesitz. Wer die Schädenklage gegen den Ejizienten vorzieht, hat auf das Haus keinen Anspruch mehr; dem ejectus gleich steht der non-admissus welcher, den Besitzeswillen bei sich tragend, ausgegangen gewesen war; bequemer, jedoch von minderm Umfang als die Publiziana ist das i. de vi..

Ulpian l. 7 §. 2 h. t. 6, 2 schließt aus Ersitzungsklage auf Publiziana, falls man unwissend dem Wahnsinnigen — oder Minderjährigen: vgl. §. 4 ib. — abkaufte. Die Ersitzungsklage bewies Marzell. Paulus in l. 2 §. 16 pro empt. 41, 4 versagt die Publ. gleichwohl.

Arndts §. 170 Anm. schlägt vor, die Versagung auf Fälle zu beziehen, in welchen der Wahnsinnige — u. s. w. — und dessen Rechtsnachfolger verklagt sind. Umgekehrt, schwor ein Eigenthumskläger den Haupteid, die Sache sei sein, so erwuchs ihm nur entgegen diesem Beklagten u. s. w. — l. 9 §. 7 jurej. 12, 2 — die Publiziana. Schwor der Beklagte, die Sache gehöre nicht dem Kläger, so erwuchs ihm relatives Einrederecht — l. 7 §. 7 h. t. 6, 2 —, doch Klagrecht gegen keinen Menschen, denn er beschwor nicht „sein Eigenthum“: l. 11 pr. jurej. 12, 2: sonst würde er eine in factum actio auch wegen der Frucht seit Zuschiebung des Eides haben: §. 1 ib., in factum: denn die ganze Frage ist die: Wurde geschworen oder nicht? Schwierigkeit macht l. 18 §. 1 ib. Ulp.: Jul. ait, eum, qui juravit fundum suum esse, post l. t. praescriptionem etiam utilem actionem habere debere. Eine Scholie denkt an die Umwandlung des relativen in ein absolutes Klagrecht durch Ersitzungsvollendung; eine andre daran, daß die Vollendung der l. t. praeser. dem schwörenden Kläger Nichts schaden kann. Allerdings kann der zuschiebende Beklagte sich nicht mehr auf die Präskription berufen.

Paulus in l. 2 §. 16 supra cit. versagt die Publiziana, weil er den Entwährungsrückgriff versagen muß. Die versagte actio

ist also stärkere und neuere Form von Rechtsmittel für das nämliche subjektive Recht, welches die exc. rei vend. et trad. hervorbringt. Sie ist versagt, denn der „Kauf" ist und bleibt nichtig. So bestätigt sich Arndts' Deutung. Harmenopulos ließ „nec Publ. competit" ganz weg.

Eine lucrativa causa ist darum nicht weniger justa. Die Hervorhebung, daß die Klage auch gegen den Schenker selbst zustehe: l. 7 §. 3 h. t. 6, 2, hat den historischen Sinn, daß die relative Anfechtbarkeit mittelst legis Cinciae exceptio den Prätor nicht hindre, die Publ. ipso jure zu geben.

Obwohl Vorbesitz Erforderniß der Publ. ist, so ist sie doch keine Besitzes-, sondern eine in Allem der Eigenthumsklage nachgebildete (§. 8 ib.) Rechtsklage. So dürfen und müssen wir (arg. §. 6 ib.) dem publ. Klagrecht ein Urrecht unterlegen, ein Vermögensrecht, stärker als das Recht aus ehemaligem Besitz allein, da der publ. Besitz ein besonders qualifizirter ist, nicht Eigenthum, weder bürgerliches noch natürliches, jedoch dem letztern in der Rechtsskala am Nächsten stehend (l. 35 pr. o. et a. 44, 7: persequimur quod ex patrimonio abest: ut quum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri; item Publicianâ, quae ad exemplum vindicationis datur, sed, quum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia — als J. J. Restitutio — contra jus civile datur), darum der Kürze halber als relatives Eigenthum — nämlich entgegen schwächer Berechtigten, — zu bezeichnen. Strenggenommen freilich kann ein lediglich relatives Eigenthum nur Nichteigenthum sein. Doch bedurfte es besonderer Exzeption, um sogar das eigne Eigenthum des publ. Beklagten im Prozesse zur Geltung zu bringen. Also wird die Publiziana nicht dem Nichteigenthümer gegeben, sondern dem redlichen Erwerber, mag er gleich noch nicht Eigenthümer geworden sein.

Also ist das publ. Klagrecht ein Ausfluß qualifizirten Erwerberrechts, und löst hier die Ersitzungslage ab. Ein dritter Ausfluß wäre Erwerb der gelösten Frucht, doch trifft Dieß nicht immer in den Subjekten überein, wohl im Prinzip. L. 136 r. i. 50, 17. — Das publ. Edikt l. 7 §. 11 h. t. 6, 2 — sagte zum Ueberflusse „Qui bona fide emit". Kanonische mala fides supervenions zerstört mit der Ersitzungslage — cap. 20 x. praescr. 2, 26 — natür-

lich auch das publ. Recht: Schmid §. 16 Anmerk. 18. Doch ist Dieß von Alters her sehr bestritten: siehe die bei Thibaut §. 713 Anm. a Angeführten, und jetzt besonders v. Wangerow 1 §. 759: „Zur a Publ. gehört durchaus nicht, daß der Usuk. Besitz nicht unterbrochen sein dürfe, und darum kann die m. f. s. nicht der a. P. entgegenstehen.“ Da jedoch die Publ. die Ersitzungsklage ablöst, also die übrigen Ers.-Erfordernisse fortdauern müssen damit die Thatsache des Besitzes mittelst der Publiziana hinzuerzwungen werden könne: so erscheint diese Ansicht kaum haltbar. „Nondum usucaptum petet“: usus ist possessio: nur der Besitz war verloren, Besitz ist objektiv, guter Glaube subjektiv. Die Publiziana ersetzt nur den zu früh erfolgten Besitzesverlust. Sie beruht auf dem Gedanken: Hätte man voran besessen, so hätte man voran ersessen. Wenn also nach kan. Rechte die m. f. s. die Fortführung der Ersitzung abschneidet, so kann der Nichtbesitzende bei gleicher m. f. s. auch nicht den Ers.-Besitz reklamiren. Aus dem Nichterfordernisse des Besitzes zum publ. R. kann man auf die Irrelevanz der übrigen Ers.-Erfordernisse zum gleichen Rechte einfach darum Nichts schließen, weil der Nichtbesitz positive Voraussetzung der Eigenthums- und analogen Klagen sein muß: er erzeugt erst die Publiziana. Der gute Glaube insbesondere ist in der Publiziana der ersitzungsmäßige. Vgl. z. B. l. 7 §. 12 h. t. 6, 2, wo „successor“ nur der universale ist, übrigens auch die kan. Modifikationen anzulegen sind. Vgl. ferner §. 13 ib.: „Hat mein Sklave gekauft so kommt Alles auf dessen Glauben an.“

Irrig wollte man im R. R. den Beweis finden, daß auch im Erhebungsmomente der Klage die b. f. bestehen müsse: §. 17 ib.: Jul. scripsit, traditionem rei emptae oportere b. fide fieri: idooque, si sciens alienam possessionem apprehendit, Publ. eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. Nec quisquam putet ... nos existimare sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam ... sed oportere et tunc b. fide emptorem esse. „Tunc“ geht auf eine Vergangenheit, hier im Verhältniß zur Tradition, also nicht auf die Klag-, sondern auf die Kauf-Zeit, arg. „emptorem“ und §§. 15. 16. ib.: §. 15: Es ist nur des Käufers, nicht des Verkäufers: vgl. l. 5 pr. div. t. pr. 44, 3, guter Glaube nöthig. Unbegreiflich ist, wie Delbrück §. 298 hierin einen Unterschied zwi-

ſchen Erſitzung und Publ. finden mag. §. 16: Aber auch die Uebergabe iſt nöthig, obwohl das Edikt nur „emit“ ſagte: §. 14. §. 17: Und hier darf der gute Glaube abermals nicht fehlen, ohne daß jedoch ſein jetziges Daſein ſeinen Mangel zur Kaufzeit erſetzen könnte. Vgl. auch das Scholion bei Zachariä. Alſo die Wiſſenſchaft ſubſumirte das beſondre Edikt unter das allgemeine, mit Recht. Tadel verdient l. 8 h. t. 6, 2, weil ſie die Subſumption unterläßt: denn der Kauf iſt erſt pretio soluto u. ſ. w. justa causa: vgl. „pr. sol.“ in l. 2 exc. r. v. et tr. 21, 3. — In l. 11 §. 3 h. t. 6, 2 iſt ſtatt „experiar“, mit Cujaz, entgegen den Bas. und Schol. 14 S. 45 bei Zach., „et pariat“ zu leſen. Wer Dieß nicht will, bedenke Folgendes: Julian redet von justa causa der Schenkung, und giebt mir wegen des Kindes der geſtohlenen Sklavin die Publ. nur falls ich zur Klagzeit Nichts vom Diebſtahl weiß. Dieſes Erforderniß ſcheint beſeitigt durch „licet ex titulo lucrativo“ der c. un. §. 3 u. transform. 7, 31. Das zitirte Scholion beſchränkt ebenſo die Abſonderlichkeit auf den Schenkungstitel. Vgl. Schirmer (Unterholzner Verj. I §. 97 S. 328 Anm. 337 a. E.): „Die Stelle muß erklärt werden aus der Unterſcheidung zwiſchen dem einfachen Wiſſen um die fremde Angehörigkeit und dem um den Diebſtahl. Nur im erſtren ... Falle ſteht die Publ. zu.“ Singularität für den partus ancillae furtivae nimmt v. Wangerow §. 335 Anm. Nr. II 1 d S. 759 an. — In l. 15 §. 2 u. 41, 3 verliert der in Erſitzung Begriffene den Beſitz, erfährt nun das Dritteigenthum, und erlangt wieder den Beſitz: ſo kann er nicht erſitzen, denn der Anfang des zweiten Beſitzes iſt fehlerhaft. Ob er durch die Publ. wieder zum Beſitze kam, ſteht nicht da und iſt nicht nöthig zu bejahen. — Dieſelbe Frage entſcheidet genau ſo l. 7 §. 4 pro empt. 41, 4: „amisit“, ſpäter „apprehendit poss.“ Indem aber dieſe Stelle ſich auch auf Rechtstitel, und auf den Fall des dejectus welcher per i. de vi possessionem recuperavit, anwendet: ſo wirft ſie Licht auf die Löſung der Frage, ob (Bellat. S. 512 ff.), wer mittelſt Publ. die Sache zurückerlangt, ſeine alte Erſitzung fortſetzt. Der Beſitz war verloren, alſo bedarf es von Neuem der bona fides. Aber der neue Beſitz iſt Ausübung des alten „Rechts“. Das publ. Endurtheil iſt deklaratoriſch. B. f. iſt ſubjektiv, der ganze objektive Rechtsbeſtand bleibt unverſehrt.

Würde man entgegengesetzt entscheiden, so könnte der publ. Sieger nicht einmal eine neue Ersitzung beginnen; denn ein neuer Titel fehlt, der alte bliebe erloschen.

Ueber Unersitzbares findet kein publizianisches Recht statt: l. 9 §. 5 h. t. 6, 2 (res furtiva und vi possessa: Schol. 4 bei Zach. S. 43). Gleichwohl giebt es eine Publiziana welche zur Vindikation von praedia vectigalia und sonstigen absolut unersitzbaren Grundstücken geradeso steht wie die gemeine Publiziana zur Eigenthumsklage: l. 12 §. 2 ib. So findet sich auch die in rem de superficie a. als Publ.: §. 3 ib. Dem Erbmiether speziell bewilligte der Prätor nach Prüfung und Befund die dingliche Klage: l. 73 §. 1 . . . l. 75. r. v. 6, 1. Wo aber die Sachveräußerung im Recht verboten ist, da darf auch von Publiziana keine Rede sein: l. 12 cit. §. 4. Lehrt dagegen nur der Augenschein, daß das Ersitzbare unmöglich bereits ersessen sein kann: Schol. 28 bei Zach. S. 47, z. B. das Thier ist noch nicht ein Jahr alt: §. 5 ib. cf. c. 8 sic. 9, 16, so steht Dieß der Publiziana und ihrer Fiktion der vollendeten Ersitzung um so weniger im Wege, als die Fiktion nur rechtlich Bedeutung hat und absichtlich das Unwirkliche juristisch wahr macht.

Ein jus in re ist das publizianische Recht nicht, denn es kennt nicht den Eigenthümer: vgl. die exc. (justi) dominii: l. 16 h. t. 6, 2 l. 72 r. v. 6, 1 l. 2 exc. r. v. et tr. 21, 3 l. 4 §. 32 d. m. exc. 44, 4 l. 49 mand. 17, 1; „si ea res possessoria non sit“: l. 17 h. t. 6, 2; replicatio: „aut si res judicata non sit“: l. 24 exc. r. jud. 44, 2; repl. doli auf Ersatz des vom Regelsklaven, dem ich von gutgläubigen Besitzer noxae exhaltu, entzogenen Schadens: l. 28 n. a. 9, 4.

Das publizianische Recht ist eigenthumsähnlich, liegt selbst im Eigenthum, steht auch Nichteigenthümern zu, wirkt aber selbständig gegen Dritte. Klagt den publizianisch Berechtigte gegen den Gleichberechtigten, so hat der Letztere als der Besitzer das Amplius und somit den Vorzug. Beati possidentes! Hiervon findet jedoch die scheinbare Ausnahme statt, daß unter zwei vom nämlichen Veräußerer sich Herleitenden die Erwerbspriorität entscheidet: l. 9 §. 4 h. t. 6, 2. Gemeint ist der dingliche Erwerb: der Erstempfänger besiegt den Erstkäufer: Schol. 1. bei Zach. S. 42. —. Der Nichteigenthümer kann nämlich durch Sachveräußerung dem Erwerber das publizianische Recht nur einmal verschaffen, ganz

wie der Eigenthümer nur einmal Eigenthum veräußert. Doch bewirkt der Gegenſatz zwiſchen Relativem und Abſolutem, daß dort dem Zweitempfänger das publizianiſche Recht überall, nur nicht entgegen dem Erſtempfänger zuſteht.

Den gleichen Vorzug des Erſtempfängers ſcheint ſogar bei verſchiedenen Veräußerern zu beſtimmen die l. 31 §. 2 a. e. v. 19, 1:

Uterque nostrûm eandem rem emit a non-domino, quum emptio venditioque sine dolo malo fieret; traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus eius apprehendit, h. e. cui primum tradita est; si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

Aber es widerſpricht auch l. 14 qui pot. in pign. 20, 4, wo die in rem pigneraticia als Publiciana, bei verſchiednen verpfändenden Nichteigenthümern, nicht nach Erwerbspriorität der Pfandrechte ſich entſcheidet.

Nach dem Vorgange des Scholiaſten Stephanus verſteht v. Vangerow §. 335 Anm. Nr. II 2 b „tuendus est“ der l. 31 cit. vom Beklagten. Dieſe Einſchränkung bleibt willkührlich. A verkauft dem B, B empfängt und verliert den Beſitz. C greift ihn auf und giebt ihn verkaufsweiſe dem D. Dieſer verliert ihn wieder an B. Nun klagt D. Faſt abentheuerlich iſt dieſe einfachſte Konſtruktion des Falls, doch immerhin möglich. Aber muß B wirklich ſeine Erwerbspriorität betonen? Er zeigt gleiches Recht; dem B ziemt darauf der Beweis der Replik, daß Beider Erwerb aus der nämlichen Quelle fließt, ihm ſelbſt aber früher gegeben iſt. „Si ab alio atque alio accoperint“, iſt alſo des Beklagten Erwerbspriorität unweſentlich, und doch ſagt Nevatius „is tuendus qui prior apprehendit“. Vgl. auch Pellat S. 535 Anm. Alſo widerſpricht der letzte Prokulejaner Neratius dem bedeutendſten Sabinianer Julian. Ulpian jedoch adoptirt die Meinung des Letztern im titulus ex professo: l. 9 §. 4 cit.

v. Savigny 7 Beil. 19 S. 308 Anm. m denkt mit der ältren communis opinio — Glück 8 §. 598 S. 361 Anm. 59 Schmid §. 16 Anm. 31 —, in l. 31 beſitze ein Dritter, gegen welchen Beide gleichzeitig klagen. Das iſt zwar untergelegt, nicht aus-

gelegt; doch paßt die Entscheidung. Denn, wo „beati possidentes“ unanwendbar, da bleibt die Kollision nur gemäß der Erwerbspriorität zu lösen. Nach Wangerow freilich käme die Sache, gegen Kaution, an den Erstsiegenden: arg. l. 57 r. v. 6, 1 l. 57 h. p. 5, 3. Aber dieser reine Zufall gegenüber dem Dritten löst nicht die Schwierigkeit zwischen beiden Berechtigten. Auch möchte sich mehr als zu Gunsten der Siegespriorität zu Gunsten der Priorität der Naturalvollstreckung, noch vielmehr aber für die Priorität der Litis Kontestation sagen lassen: Pothier h. t. S. 226. Beide haben gleiche Ansprüche aus den Prozessen gegen den dritten Besitzer, eben weil dieser zur Zeit der L. K. besaß. Die Kaution nutzt Nichts, da der Erstsieger, dem Beklagten nun helfend, dadurch daß er seine Gleichberechtigung in die Waagschale wirft, den Prozeßverlust des andern Klägers erzwingt. Das Schlimmste ist, daß der gemeinsam Verklagte den rascheren Sieg des Einen unter Beiden beliebig bewirken kann; er wird sich Den aussuchen, der ihm am Meisten bietet. Das hat nun offenbar mit dem innern Gewicht der beiden Rechte gar keinen Zusammenhang mehr.

Huschke bei Linde 20 S. 186 ... 9 geht von l. 31 aus und giebt gegen die Exzeption „si non et mihi ea res a non domino (?) vendita (...) et tradita est“ die Replik „aut si mihi priori (ohne: ab eodem) trad. est“. Der Vorerwerber erwirbt das publizianische Recht, der Nacherwerber bekommt also die res cum causa, d. h. seinen Erwerb schmälert jenes Vorrecht. Aber l. 9 cit. ist damit nicht auszugleichen; das „richtige Verständniß“ dieser Stelle, welches H. giebt, ist mir unverständlich geblieben.

Ganz willkührlich endlich ist es, den onerosen dem lukrativen, den speziellen dem generellen Titel vorzuziehen.

Gegen den Proculejaner entscheidet der innere Grund, daß verschiedene Auktoren die Befugniß, durch Sachveräußerung publizianisches Recht zu erzeugen, jeder gleich stark ausüben. Das ältre Recht tilgt das kollidirende jüngere so wenig, daß vielmehr im Zweifel das jüngere das ältere besiegen muß; vgl. die Gesetzesauslegung. Nun ist der qualifizirte Besitzer jedenfalls der jüngste publizianisch Berechtigte, da in der Besitzesfortdauer das publizianische Recht jederzeit (zur Exzeption) neu sich begründet, wenn gleich erst der Besitzverlust das Klagrecht erzeugt.

Wie ist es, wenn der gleiche Auktor zwischen der ersten und zweiten Veräußrung Eigenthümer wurde? vgl. Girtanner Rechtsfall 126 (103 d. 1. Aufl.). Sagt l. 31 cit. wiederum ungenau „Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est“: so führen vielmehr die Grundsätze der exc. und replic. rei vend. et trad. (vgl. Puchta Pand. §. 173 Anm. h) dahin, daß in jenem Falle Eigenthumsklage und -Einrede unwirksam werden dem Eigenthümer, also auch seinem Singularsukzessor. Denn, obwohl den Eigenthümer Dieß deßhalb trifft weil er entwährungshaftbar ist, während sein Singularnachfolger jenen Verkauf allerdings nicht mitzuvertreten hat: so ist doch das Rechtsmittel aus res vend. et trad. ein dingliches, eine causa rei bei identischem Auktor. Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet. Ulpian l. 72 r. v. 6, 1:

Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto. (...), deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit: aequius est ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres. Sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii — replicatione utereris.

Die Publiziana, eine utilis r. v., füllte eine Lücke aus, indem sie den unvollendet Ersitzenden zur Eigenthumsklage gegen schwächer Berechtigte, mittelst Fiktion vollendeter Ersitzung zuließ: §. 4 I. aa. 4, 6. Vor Justinian paßte sie auch dem Traditionserwerber von Mancipi Res, da auch Dieser in Ersitzung stand; doch war hier die dominii exceptio untauglich, elidirbar durch replicatio rei venditae et traditae, auch gegen den Eigenthümer der den Auktor beerbt hatte. Als replic. r. donatae et tr. war die Replik zu entkräften durch die Duplik „neque contra l. Cinciam donatum est.“

Ohne jene Fiktion, selbst ohne Besitzeserwerb, nämlich auf Grund des In bonis: l. 63 pr. Treb. 36, 1, hat der Universalfideikommissar, seit Erbschaftsempfang durch (ideale) Restitution der Erbschaft an ihn, die Klagrechte des Erben prätorisch, aktiv wie passiv: Gai. 2 §. 253: praetor utiles aa. ei et in eum quasi heredi et (quasi) in heredem dare coepit. Also wird er als Erbe fingirt. Gleiche Rechte und Pflichten haben die bonorum posses-

sores und emptores: Gai. 3 §. 80., sowie is cui bona addicta sunt: l. 4 §. 21 fid. lib. 40, 5. Denn auch bonorum emptio war Universalsukzession: Gai. 3 §. 77. Ausgeboten ward aber das Vermögen:

1) Lebender:

a) der betrüglich sich Verbergenden für welche in ihrer Abwesenheit kein Vertheidiger eintritt —

b) Derjenigen welche sich der Rechtswohlthat der Güterabtretung aus dem julischen Gesetze bedienen —

c) der Verurtheilten, nach Ablauf der theils in den Tafeln theils im Edikt vergönnten Beschaffungsfrist —

2) Verstorbener: eorum quibus certum est nullum justum successorem existere: Gai. 3 §. 78.

Die Formel der Publiziana theilt Gai. 4 §. 36 mit: „Si quem hominem Aulus Agerius (beispielsweise) emit et is ei traditus est, anno possedisset (vgl. §. 3 J. ea. 4, 6): tum, si eum hominem, de quo agitur, eius ex jure Quiritium esse oporteret (Restitutionsbefehl und Kondemnation wie bei der Eigenthumsklage) ...“. „Oportere paret“?? Arndts §. 170 Anm. 1. Die Formel lautet weiter: „neque eum N. Negidius A. Agerio arbitratu tuo restituet: si paret, judex condemna ...“. „Oporteret“ ist technisch für Schuldklagen. Darf man „pareret“ lesen: dann ergänze die Formel: „neque ... restituet: judex condemna ...“.

§. 15. S. g. dingliche Klage des deutschen Rechts.

Vgl. Delbrück d. d. R. d. d. Rechts 1857.

Das bisher betrachtete publizianische Recht schließt sich nicht an den Eigenthumserwerb (Delbrück S. 10) überhaupt, sondern an den durch Besitzerwerb vermittelten Eigenthumserwerb an.

L. 1 §. 2 h. t. 6, 2: Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem? quum satis multae sint juris partes, quibus dominium quis nanciscatur. L. 13: Quaecunque sunt justae causae acquirendarum rerum, si ex his nacti res amiserimus, dabitur nobis haec actio. — „Amittere“ kann nur auf den Besitz gehen, also auch „nancisci.“

Die Publiziana erfordert den Titel, also ist aus außerordentlicher (Delbrück S. 11 Anm. 2, m. M. gegen v. Schwerin Bei-

träge 2 S. 80 f.) Ersitzbarkeit bei Besitzesverlust publ. Recht nicht herzuleiten.

Deurer, Jahrb. f. Dogmatik 1 S. 237, hält es für legislatorisch rathsam, dem titulirten Exbesitzer die dingliche Klage trotz mangelnden guten Glaubens gegen den titellosen Besitzer einzuräumen. Das positive Recht ging auch in der deutschrechtlichen Gestaltung nie so weit; s. Delbrück z. B. S. 297. Dem guten Glauben begegnen wir auch in der vorjustinianischen Gestalt des interdictum utrubi: c. 14 agric. 11, 47 (c. 1 Th. utrubi 4, 23): Si coloni, quos bona fide quisque possedit, ad alios fugae vitio transeuntes necessitatem conditionis proprine declinare tentaverint: b. f. possessori primum oportet celeri reformatione succurri, et tunc causam originis et proprietatis agitari (, non expectatis temporibus nec denunciatione solemni, quae locum in his negotiis non habebunt). — Einen Codextitel de utrubi hat Justinian nicht mehr. Da dieser Kaiser in diesem Interdikt nur noch den jüngsten Besitzer siegen läßt, während vordem siegte wer am längsten im letzten Jahre besaß, so wäre die Rezeption jener Stelle eine Gedankenlosigkeit, falls man nicht annehmen müßte im Falle der Stelle solle das Interdikt ewig zustehen; dann beschränkt die Eigenthümlichkeit der Stelle sich auf den rekuperatorischen Charakter des Rechtsmittels, welcher jedoch demselben vor Justinian in gewisser Hinsicht ganz geläufig war.

Die Unredlichkeit scheint uns absolut keinen, also auch nicht einen relativen Schutz zu verdienen, da wo es sich um klageweise Erlangung von Nichteigenthum handelt. Der Titel allein ist ein relatives Geschäft, ein Band zwischen Personen, ohne Mitwirkung des guten Glaubens nicht geeignet die Sache dem titulirten Empfänger zuzueignen. Oder will man Schwindelkäufe fremden Eigenthums begünstigen? Man kauft so auf's Billigste. A hat Titel, doch nicht mehr Besitz, B hat jetzt Besitz, doch keinen Titel. Der Besitz ist sachunmittelbar, der Titel persönlich geschäftlich. Wie will man den Sieg des A über den B in actio in rem rechtfertigen? Man kränke doch nicht den Besitzer; der Besitz verdient den nächsten Rechtsschutz. Keineswegs ist A über die Sache relativ besser berechtigt. Man verschlimmere nicht die Lage des absolut Berechtigten, dem es zwar formell unbenommen

bleibt, gegen Jeden aufzutreten, dem es jedoch wirklich, je mehr die Gesetzgebung den Handel mit fremder Waare erleichtert, um so schwerer wird, durch das Labyrinth wechselnder Erwerber dem Besitzer auf die Spur zu kommen.

Deurer will dem relativ besser Berechtigten die dingliche Klage gewährt wissen. Der Reisende A leiht von B in X ein Buch; in Y verliert er es; C besitzt als Finder. Abgesehen von der germanistischen Behauptung, daß das germanische Recht den Unterschied zwischen possessio und detentio nicht kannte: so begreife ich nicht, wie A als Detentor aus Rechtsgeschäft, um des Rechtsgeschäftes willen welches den C gar nicht berührt, aus der verlornen Detention eine dingliche Klage gegen den aktuellen Possessor soll herleiten können? Er mag für den B klagen: arg. c. 1 si p. vim 8, 5 (dejectus; i. de vi; Absenz des Zivilbesitzers) vgl. Delbrück S. 285. Der Richter setzt ihm eine Frist, die Vollmacht beizubringen, oder sich durch den B ablösen zu lassen; denn „Hand wahre Hand" ist nicht gemeines Recht. Vielleicht will B dem Finder das Buch lassen: dann darf A gar kein Recht haben, will man nicht den C verletzen. C kann Einreden gegen B haben, die ihm gegen den selbständig klagenden A nicht zustehen würden. Der Eigenthümer bestimmt die freie Belohnung vermuthlich höher als der bloße Leiher. Und endlich ist es durchaus zweckmäßig, daß ich erfahre, wie schlecht mein Detentor meine Sache behütete.

Das römische Recht ist mäßig, und darin weise. Mehr Klagrechte, mehr Prozesse. Um „billig" zu sein, soll man nicht die nach gemeinem Rechte ohnehin prekäre Sicherheit des Besitzers durchaus vernichten. Zu viel rechtliches Sorgen schadet mehr als zu wenig.

Schwächen (!) des römischen Systems hat Delbrück S. 20 ff. mit saurem Schweiße gesammelt:

1) Die Publiziana verlangt einen Titel. „Wer zufällig keine Beweismittel hat, oder wessen Besitz so alt ist, daß der Titel in Vergessenheit gekommen, der entbehrt dieses Schutzes." Aber durch Mangel von Beweis verliert man jederzeit und überall jedwede Klage. Dreißigjähriger titelloser Besitz genügt, Eigenthum zu bewirken; vorher Klagrecht zu gewähren, ist unbillig, denn auch

der Beklagte ist titellos, aber er besitzt doch wenigstens. Putativtitel genügt zur ordentlichen Ersitzung, also zur Publiziana. Guter Glaube ohne, auch nur putativen, Titel ist nichts Starkes. Ein Vergessen des Titels mag sich strafen; giebt es doch Beweise zu ewigem Gedächtnisse, giebt es doch zu allem Ueberflusse eine s. g. Immemorialverjährung, deren Zweckmäßigkeit uns sogar bedenklich ist, von welcher wir wenigstens zu begreifen glauben, warum der Römer sie nicht allgemein ausbildete. Daß, wer fast fertig ersaß, des Rechtsschutzes würdiger sein soll als der Anfänger: ist unklar. Die Dauer des Besitzes kräftigt nur die Hoffnung; die Erfüllung der Zeit wirkt Sicherheit. Die Ersitzung wächst ja nicht mit der Zeit vom undenkbar kleinsten Bruchtheil allmählig zum as des Eigenthums. Wer länger besaß, hat darum nicht besser erworben gehabt. Kann durch seine Nachlässigkeit der Titel in Vergessenheit gerathen: so ist andrerseits, wer gegen Jenen klagend und rechtbeweisend aus ältrer Zeit auftreten wollte, wahrlich auch um so übler daran. Wie kann die Vermuthung der Rechtmäßigkeit eines Besitzes mit dessen Dauer wachsen, da der Besitz gar keine Vermuthung der Rechtmäßigkeit für sich hat?

2) Dem Erben wird es schwer fallen, den Titel des Erblassers zu kennen. —. Auch dieses Argument paßt auf jedes Klagrecht. War der Erblasser im Aufschreiben und Verwahren sorglos, so geht es damit wie mit dem Durchbringen; der Erbe hat's eben zu tragen. Wie deßhalb Dritte leichter verklagbar, also schwächer berechtigt sein sollen, mag einsehen wer's vermag.

3) Die Publiziana ist ausgeschlossen bei gestohlenen ... Sachen. —. Klagt man gegen den schwächer Berechtigten, so wird, daß die Sache eine gestohlene sei, zur Ausschließung der Klage vom Beklagten gezeigt werden. Es giebt nichts Vernünftigeres: denn nun ist der Diebstahl entlarvt, der Bestohlene zieht sich zur Sache, und es wäre absurd, sollte jener Beklagte jenem Kläger, der dem Diebstahle jedenfalls näher steht, die Sache herausgeben müssen.

4) Zwischen zwei Usukapionsbesitzern scheitert die Fiktion. —. Vielmehr wirkt sie für Beide: darum kann der Beklagte nur freigesprochen werden.

5) Wer unfreiwillig Besitz verloren zu haben beweist, ist besser zu stellen als wer sich über die Art des Verlustes nicht legitimirt. —. Die Publiziana nicht, sondern die interdicta recuperandae possessionis werden hier in Angriff genommen. —.

Das germanische Recht (Delbrück S. 26 ff.) soll zwar den Eigenthumsbegriff, doch keine Eigenthumserwerbsarten gekannt haben. Die Klage um Gut ging auf fahrende Habe oder auf Lehn oder auf Eigen. Für die Antwort auf die erste Klage — da der Beklagte nach germanischem Recht den Titel angeben muß — gewährt der Richtsteig Landrechts (Homeyer 1857 Kap. 11 §. 2 S. 121) folgende Alternativen: Wisse, daß fahrende Habe uns zukommt auf sechserlei Weise: Entweder wir finden sie oder wir kaufen sie oder sie wird uns gegeben („gethan", englisch „done"), oder wir jagen sie Dieben und Räubern ab, oder wir erben sie („sie wird uns geerbt"), oder wir zeugen und ziehen (Beides: tugen) sie selbst. —. Jähriger Besitz des aufgelassenen Grundstücks schaffte rechte Gewer.

Liegt in alle Dem Eigenthumserwerbsart?

1) Finden, Abjagen. —. Oder die Sache ist mir im Wasser zugeflossen. Partikularrechtlich zählen hierher auch erbeutete oder über See und Sand gekommene Sachen. —. Sachsenspiegel 2, 37 §. 1: So Jemand Etwas findet oder Dieben und Räubern abjagt: das soll er aufbieten. Kommt binnen 6 Wochen Derjenige, dem das Gut zugehört, so soll dieser zwei Zeugen stellen, mit denen er schwört, er habe nie veräußert, sondern durch Diebstahl oder Nachlässigkeit — ll. Wallicae 3, 39 — verloren: dann muß er zum Beweisrecht zugelassen werden.

2) Kaufen. Der Beklagte nennt seinen Auktor. Bekennt sich dieser, so tauscht er die Beklagtenrolle ein. Bekennt er sich nicht, so ist Nichts geschehen.

3) Nicht anders ist es mit dem Geben. Nur fällt mit der Garantie häufig der psychologische Zwang zum Bekenntniß weg.

4) Der Erbe hat nur die Gewer des Erblassers; der Erbestitel schützt ihn lediglich gegen Erbansprüche Dritter.

5) Gegen die Behauptung des Beklagten, er habe das Gewand machen lassen, das Thier in seinem Stalle aufgezogen, siegt

der Kläger durch die Behauptung des Eigenthums am Stoffe oder Mutterthiere. Vgl. Delbrück S. 29. 30.

6) Die Auflassung ist h. z. T. Eigenthumserwerbsart, ehemals wirkte sie nur rechte Gewere. Diese ähnelt dem publizianischen Recht: denn Mehrere können sie an der nämlichen Sache zugleich und ohne Theilung haben, mit Klagrecht gegen Dritte; streiten sie unter sich, so siegt die jüngere Gewere. Man kann rechte Gewere gegen A, nicht gegen B haben. Z. B. B widersprach bei Zeiten der Auflassung, oder ächte Noth hinderte seinen Protest. Oder, als im ächten Ding aufgelassen ward, war A stumm anwesend, B abwesend: so kann B binnen Jahr und Tag widersprechen.

7) Eine Eigenthumsersitzung kennt das germanische Recht nicht. Es war den Germanen kein Bedürfniß, Eigenthumserwerbsarten zu entwickeln, indem die Partheibeschwörung des „Eigenthums" den Beweis des Eigenthums, also von dessen Erwerb, ersetzte. Die Erwerbsform ward indifferent in der Formkraft des Eides. Welcher Parthei gebührt aber Eidesrecht? Vgl. Richtsteig L. Rechts Kap. 17 (Summarium bei Homeyer): Wer sein Gut bei einem Andern antrifft, fordert gütliche Rückgabe oder Gerichtsgang, und behandelt den contumax als einen Dieb. Im Gericht beschwört der Besitzer mit zwei Zeugen, daß er die als gestohlen angesprochene Sache auferzogen oder verfertigt habe; schwört er nicht, so beschwört (stets in gleicher Weise) der Kläger den Diebstahl; schwor der Beklagte, so kann der Kläger doch noch schwören, ihm sei wenigstens der Stoff gestohlen. Endlich beschwört der Beklagte, um sich wenigstens die Verwendungen zu retten, das Unverhohlene des Besitzes sowie daß er kein Recht geweigert. —. Das Näherrecht zum Eide wurde zurückgeschlagen durch Gerichtszeugniß und leibliche Beweisung, woran sich später der Urkundenbeweis anschließt. Sonst war der Besitzer der Nähere zum Eide, denn er hat mehr Recht zum Zeugniß (S. Sp. bei Delbrück S. 37). Das kleine Kaiserrecht romanisirt bereits, indem es, wenn Beide Nichts beweisen, den Beklagten einfach den Besitz behalten läßt:

l. 2 u. p. 43, 17: Justa an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim posses-

sor hoc ipso quod possessor est plus juris habet quam ille qui non possidet.

Eine materielle Abweichung des deutschen vom römischen Rechte liegt darin, daß das Näherrecht zum Eide auch dem ehemaligen Besitzer, gar unter Vorzug vor dem gegenwärtigen, zu Gute kommt: Delbrück in Z. Schr. f. deutsch. R. 14 (1853), 7. Besitz schafft Eidesrecht; Eidesrecht bleibt nach Besitzesverlust; es ist causa rei. Die Aufrichtigkeit des schwörenden Klägers garantiren die Eideshelfer. Doch verlassen sie sich auf den Hauptschwörenden; „der Eid ist rein und nicht mein". Schon früh daher finden sich daneben vorschwörende Beweiszeugen: Solche die um die Thatsache wissen: S. Sp. 2, 36 §. 4.

Der Beklagte elidirt den Eidesantrag des Klägers, indem er stärkere Gewere behauptet. Der klägerische Vorbesitz sei durch redlichen Erwerb seitens des Beklagten vom Kläger, oder durch Klagenverjährung recht- oder schutz-los geworden. Jener Vorbesitz sei undenkbar, weil der Beklagte die Sache selbst zog oder zeugte. —. Wollte Kläger hiergegen gleich starke Gewere zeigen: so kann Dieß ihm Nichts helfen, da dann, zwischen gleich Berechtigten, für den Beklagten als aktuellen Besitzer gesprochen werden müßte.

Den Vorzug der ältern vor der jüngern Gewere zeigt Delbrück S. 40 ff.: Kläger behauptet Eigenthum (bei „Hand wahre Hand" überdieß unfreiwilligen Besitzesverlust). Beklagter behauptet Eigenthum, und sagt wie er zu der Sache gekommen. Daß Letztrer die Behauptung des Erstern überbieten muß, erklärt sich nur so, daß die klägerische Eigenthumsbehauptung die Behauptung ehemaligen Besitzes in sich schließt. Das Amplius der beklagtischen Behauptung ist die Differenzausgleichung. Also geht die ältre Gewere der jüngern vor. Frühere Zeit: ältres, also besseres Recht. —. B besitzt, A klagt. A behauptet, daß er besaß. B überbietet ihn durch die Behauptung, daß er spätestens als der Kläger besaß ebenfalls besaß: Brünner Schöffenbuch und altes Bamberger Recht bei Delbrück S. 48.

Der genannte und bekennende Auktor kann selbst wieder auctorem laudare.

Der Vorzug der jüngern unter gleich guten Gewerken ist so subsidiär, daß gern noch andre Entscheidungsnormen vor-

gezogen wurden, wie Uebergewicht in Zeugenzahl, Theilung, Gottesurtheil.

Gewere (Delbrück S. 65 ff.) ist 1) Besitz, 2) Besitz mit einem gewissen Anfange und Zeitbestande — rechte Gewere —, 3) Fortdauer des Beweisrechts trotz Besitzesverlust — juristische Gewere. U. s. w. Zur juristischen Gewere gehört auch, da „der Todte den Lebendigen erbt", die s. g. civilissima possessio des noch nicht besitzenden Erben: Sächs. Lehn-R. 6 §. 1: Der Vater vererbt auf seinen Sohn die Gewere des Gutes mitsammt dem Gute.

Wem man seine Gewere mit Gewalt nimmt, der verliert weder Gewere noch Lehen: Schwäb. Lehn-R. 96, vgl. l. 17 pr. poss. 41, 2: Vi dejectus perinde haberi debet ac si possideret, quum interdicto recuperandae poss. facultatem habeat.

Der Rechtsgrund der dinglichen Klage des D. Rechts, ebenso der Rechtsgrund der Vertheidigung ist „Eigenthum". Auch der Beklagte vindizirt: Bruns Besitz S. 287. Jeder beschwört sein Eigenthum. Direkter Gegenbeweis bedurfte daher des Augenscheins: z. B. Kläger sagte, er habe das Pferd vor zehn Jahren verloren, Beklagter zeigt es könne noch keine zehn Jahre alt sein: Brünner Schöffenb. Nr. 100 bei Delbrück S. 72. Besonders gegen rechte Gewere indeß wurden Einreden zulässig welche an direkten Gegenbeweis streifen: nämlich daß der Gegner rechtzeitig widersprach und dergleichen. Denn die rechte Gewere kann unmöglich bei Eigenthumsbehauptung stehn bleiben; sie muß auf Thatsachen Bezug nehmen.

Schwor die Parthei, die Sache sei die ihrige, so war damit das relativ bessere Recht beschworen. So gab man die Klage dem Exdetentor, und nennt sie höchst unbestimmt und allgemein „Ansprache".

Läugnet der Beklagte den Besitz, so darf er Dieß allein beschwören; vorher und nachher aber ist leibliche Beweisung seitens des Klägers (Ueberführung) zugelassen: Klage mit Anfang (d. i. Anfangen, Anfassen), im Gegensatz zur schlichten Klage. Das hösliche Verläugnen stand dem Diebstahl gleich. Wer aber die Klage mit Anfang verlor, den traf die eigne und ungerechte Strenge empfindlich.

Klagte der Eigenthümer gegen den Entzieher seines Besitzes selbst, so traf den besiegten Beklagten überdieß der Ansprache gemäß eine Buße. Seit dem Landfrieden Rudolfs I. 1281 aber

sind auch die Rechtseinreden dann grade so lange für die Zukunft abgeschnitten, als der Kläger in der Vergangenheit den Besitz entbehrt hat. Das Gleiche anerkennt can. 6. 7. C. 3 qu. 2 de induciis. Der Vorbehalt für den Beklagten bezog sich theils auf dingliche Spezialrechte, theils auf Nachweis falschen Eides. Rudolf also bestimmte zwei Neuerungen:

1) Erstreckung des klägerischen Beweisrechts auf die Thatsache der Vergewaltigung —

2) Suspension des Beklagteurechts, durch stärkere die ältre Gewere zu besiegen.

Das Bedürfniß der Fortdauer der dinglichen Klage des deutschen Rechts nach Aufnahme des römischen äußerte sich besonders dann wenn der Besitzentzieher veräußerte. Denn das i. de vi ging nur gegen den Vergewaltiger, nicht gegen den Besitzer als solchen, insbesondre nicht gegen den Singularsukzessor des Vergewaltigers: l. 7 de vi 43, 16. Also stand römisch nur Eigenthumsklage zu; dieser aber hatte die germanische Wissenschaft die s. g. diabolica probatio untergelegt. Darum giebt Pabst Innozenz III. 1216 das restitutorische Rechtsmittel (i. de vi) gegen den wissenden Drittempfänger, da dessen Schuld kaum geringer ist als die des Vergewaltigers: cap. 18 X de restitutione spoliatorum 2, 13. Dennoch darf man nicht von Betheiligung aus Gutheißung (Ratihabition) des Verbrechens reden. Der Pabst motivirt „quum spoliatori quasi succedat in vitium“ und beruhigt „non obstante juris civilis rigore“.

Gewiß darf der Spoliator nicht dem Spolirten das Rechtsmittel beliebig entziehen können durch bloße malitia: cap. 5 X de causa poss. et propr. 2, 12 desselben Pabstes. Den unwissenden Erwerber berührt Dieß nicht, denn Klagegrund ist das Unrecht, hier hinein tritt nur der Hehler. Doch gab Kaiser Friedrich II. in einem Gesetze für beide Sizilien (Delbrück S. 204 f.) der Klage diese erweiterte Passivzuständigkeit, indem er, übrigens in engem Anschluß an die päbstliche Reform, die mögliche Zahlungsunfähigkeit des Vergewaltigers betont. Der Sturz der Hohenstaufen verhinderte, daß das Gesetz universalisirt wurde. Lieber berief man sich zur Begründung der später s. g. Spolienklage auf den hierfür Nichts beweisenden can. 3 C. 3 qu. 1 de rest. danda exspoliatis. Hier ist „virtus“ „violentia“, „maiores“ sind „potentiores“.

Statt „vel propias aut“ lies „v. p. id est“. In diesem s. g. remedium ex canone redintegranda verewigte man die dingliche Klage des deutschen Rechts. Also war das Rechtsmittel petitorisch: Delbrück S. 151 ff.. Daß Innozenz diese Klage kannte, zeigt scheinbar cap. 9 X prob. 2, 19. 1207., wonach die ältre Gewere der jüngern vorgeht — s. g. possessorium ordinarium s. plenarium —:

A erhebt Grundeigenthumsklage gegen B. Die beiderseitigen Zeugen werden vor dem päbstlichen Kommissar aufgestellt — über die Streitfrage sowie gegen die Gegnerszeugen — in beschränkter Zahl und Frist. Hernach will B Einwendungen gegen Gegnerszeugen vorbringen. Der Pabst sagt: dazu ist es zu spät; doch verstattet er die Einrede aus Meineiden von Klägerszeugen. Nun zeigt B Besitzhandlungen. Die Gegenzeugen gegen die Klägerszeugen widersprechen z. Th. einander, z. Th. sind sie verdächtig. Auch behaupten sie wohl Bestechung der Klägerszeugen, doch nicht die Unwahrheit von deren Aussagen. Andrerseits wurde durch viele einwandsfreie Klägerszeugen bewiesen, daß Kläger seit längster Zeit besaß. Kläger hatte mehrere und wahrhaftigere Zeugen mit tüchtigern und glaubwürdigern Aussagen, daß er von 60 Jahren her und später besaß („a 60 annis“). Der Beklagte hatte seine ältesten Besitzhandlungen erst von 50 Jahren her gezeigt. So kann der jüngere Besitz, bei Fortdauer des ältren, bei Unmöglichkeit einer compossessio plurium in solidum, nicht füglich titulirt gewesen sein: besonders da nur der Kläger einen gerechten Anfang seines Besitzes zeigt. Also erübrigt die Annahme, daß B eigenmächtig okkupirte und gewaltsam um sich griff. A sucht um Untersagung dieser Beunruhigungen nach. Es genügt nicht, zu sagen „Uti possidetis, ita possideatis“, sondern der stärkere (Besitzes-) Beweis des A siegt im Interdikt. Die Besitzesfrage, unter Vorbehalt der Rechtsfrage, führt also zu Verurtheilung des Beklagten, welchem ewiges Schweigen auferlegt und künftige Störung verboten wird.

Ich finde hier nicht die dingliche Klage des deutschen Rechts, sondern das i. uti possidetis. Denn, haben Beide gleichzeitig Besitzhandlungen ausgeübt, ist also jüngster Besitz unerweislich, dann muß der ältre, allein titulirte, Besitz vorgehen. Hoheitsrechte freilich waren den Römern nicht Gegenstand des Besitzprozesses. Bei

Privateigen kann jener Fall nicht leicht vorkommen, jedenfalls ziemte die Würdigung der maaßgebenden Umstände der Zivil-Jury. Hier gerade ist also im Mittelalter nähere juristische Fixirung erfolgt, was Justinian trotz seiner ausnahmslosen Regel der extraordinaria judicia versäumt hatte.

Vgl. auch den Bischofsspruch (1170) bei Delbrück S. 121, sowie cap. 51 X appell. 2, 28. Das cap. 15 X rest. spol. 2, 13 Innozenz' III. lehrt nur die Fortdauer des i. de vi; vgl. c. 2 X ord. cogn. 2, 10: „fuit replicatum ...": die Klage gegen den unwissenden Dritterwerber ist unter den Gesichtspunkt dieser Stelle nicht zu bringen.

Im Laufe der Zeiten wandelte sich Beweisrecht in Beweislast, Partheieneid in ordentlichen Beweis. Beweissatz kann nur eine schlüssige Thatsache sein; Eigenthum aber ist mehr als Thatsache. Die römische Eigenthumsklage läßt den Erwerb beweisen, die deutsche Dasjenige, was ehemals zum Eide näher machte. Also geht hier der ältre Besitz dem jüngern, dem ältern Besitz das bessere Recht, bei gleichem Alter oder Recht endlich der jetzige Besitz vor. In die Stelle der rechten Gewere traten erwerbende und löschende Verjährungen, in die Stelle der s. g. Inzucht die Formen ursprünglichen Erwerbs, das Ziehen auf die Auktoren wandelte sich in Zeugenbeweis, die stärkere Gewere also glich sich aus mit dem römischen Titel. Demnach ist es kein Zufall, daß in X 2, 12 causa possessionis und proprietatis in einen Titel und dessen Rubrik verschmolzen sind.

Die pisaner Statuten (1161) bei Delbrück S. 199 f. setzen den Fall, daß der ungerechte Besitzer seinen Besitz veräußert, verläßt oder durch Gewalt verliert. Der Besitzberechtigte hat also kein gemeinrechtliches Mittel mehr, durch restitutorische Besitzklage die Sache selbst wieder zu erlangen. Die Statuten geben sie dem „delusus", mag die Sache gleich durch tausend Hände gegangen sein; es sei denn, daß der jetzige Inhaber weder lukrativ noch um die Verhöhnung wissend erworben hat. Der ältre Besitz besiegt den jüngern, auch ohne Beweis einer exceptio vel replicatio vitiosae poss. (. Hieraus erhellt, daß Beide Besitzhandlungen gleichzeitig ausübten, und also der jetzige Besitz unentscheidbar war.); falls nicht der Gegner relativen Titel oder gar Ersitzung zeigt; gegen die Ersitzung ist Beweisreplik zugelassen

aus „Agere non valenti non currit praescriptio“ (Minderjährigkeit, Abwesenheit).

In der Redaktion (1475) der bürgerlichen Statuten von Brescia, im Titel vom ältern Grundbesitz, steht (Delbrück S. 201 f.): Beweist der Kläger ältern Besitz, so hilft dem Beklagten ein Titel (den er von einem Dritten hat) Nichts. Die lächerliche Vermuthung, daß jener qua ältrer Besitzer Eigenthümer sei, wird hier geradezu ausgesprochen. Gemeinrechtlich dagegen ist die Verfügung der peinlichen Statuten (1483) Kap. 152, daß der Vergewaltiger keine Eigenthumseinrede haben soll.

Die statuta nuperrime castigata von Lukka (1539) Buch 1 Kap. 140 (Delbrück S. 202) ziehen in der publizianischen und hypothekarischen Klage den ältern unter titulirten Besitzern vor. B, Klage fürchtend, sucht einen Titel seines Besitzes, und erwirbt so durch Scheingeschäft mit C: damit, falls nun A wirklich die Publiziana erhebt, in habentibus titulum a diversis (non-dominis) sit potior condicio (ipsius quasi) possidentis. Freilich, hätten die Römer diese Erfahrung schon mit der Publiziana gemacht, so würden sie auch gebessert haben. Um diese Bosheit abzuschneiden, geben die Statuten dem älter Besitzenden den Sieg. Kann aber der Kläger nur den ältern Titel, nicht auch ältern Besitz darthun: so siegt er nur, falls der Beklagte, frühestens als er demnächstige Verklagung fürchtete, zu seinem Besitze einen, wenn gleich ältern, Titel erwarb: denn es eröffnet sich Verdacht von Chikane.

Die, 1528 neugedruckten, Statuten von Padua bestimmten 1420 (Delbrück S. 202 f.) in Einklang mit dem R. R.: Der Pfandgläubiger wähle, will er den Schuldner, will er den Besitzer verklagen. Letztrenfalls — leitet der Besitzer sich vom Verpfänder her — so beweist der Gläubiger gutgläubigen Besitz des Verpfänders, sonst aber Ersitzung desselben. —. Nur die s. g. diabolica probatio hat hier influirt. —. Auch die Statuten von Pavia (Delbrück S. 203) und Bologna (D. S. 204) „germanisiren“ erst in Interpretation und Noten.

Die Karolina Art. 208 (211 bei Senckenberg) sagt: Beweist, wer Gut als gestohlen anspricht, zwar sein Eigenthum, nicht aber die Entwendung, und kann der Antworter nicht seinen Erwerb auf Jenen zurückführen: so thut Jener genug falls er die

Entwendung beſchwört. Vgl. Art. 209 (212). Nach Art. 207 (210) gilt der Beklagte ſo lange als bösgläubiger Beſitzer bis er ſeine Unkenntniß des vitium in re beim Erwerbe beſchwört.

In Lübeck (Redaktion 1586) gilt Folgendes: Wird ein Pferd als geſtohlen angeſprochen, und kann der Beſitzer bezeugen, daß es ihm aufrichtig, über die dritte Hand, zugekommen, daß alſo drei Perſonen einander Gewährsmänner ſind, ſo verbleibt ihm das Pferd. Andrenfalls genügt dem Kläger der Nachweis, daß er das Pferd auf ſeinem Stalle hatte und ohne Wiſſen und Willen aus der Gewere verlor. Noch das roſtocker Tochterrecht (1757) gebraucht die Wendung „der Beklagte ſei näher bei der Sache zu bleiben als der Kläger.“ Das hamburger Recht ſtimmt mit dem gemeinen Recht überein.

Das Landrecht des Herzogthums Preußen (1685) läßt, wie die Italiäner, den ältern Beſitz als „Zivilbeſitz“ animo fortdauern. Das Tochterrecht des Königreichs (1721) verſagt das i. de vi gegen Dritte. Das Projekt des codex fridericianus marchicus von 1748 fordert für das Summariſſimum einen mindeſtens einjährigen Beſitz, und verbindet, wie die Gerichtsordnung von 1793, das Ordinarium mit dem Petitorium. Das allgemeine Landrecht (1794) verfügt Th. 1 Tit. 7 §. 161: Gegen den nichtvitiöſen Beſitzer kann der vorige Beſitzer nur kraft erweislich beſſern Rechts zum Beſitze klagen. Denn, (Einleitung §. 95:) ſteht das Recht des A der Ausübung des Rechtes des B entgegen (Kolliſion): ſo weicht das mindre dem ſtärkern Rechte. (1, 7 §. 162:) Der bloße frühere Inhaber kann die Sache nur von Dem, der ſie ohne allen Rechtsgrund beſitzt, reklamiren. (§. 178:) Der unredliche weicht dem redlichen Beſitzer, (§. 175:) der vollſtändige Beſitzer weicht nur dem Eigenthümer. (§. 187:) Die Pflicht zur Nennung des Beſitztitels (hierdurch erledigt ſich die Frage bei Delbrück S. 235 f.. Vgl. 1, 15 §. 37. 7 §. 186) hebt die Vermuthung der Rechtmäßigkeit jedes Beſitzes nicht auf; ſ. §. 179. Delbrück's S. 235. Annahme, dieſe Vermuthung ſtehe auch dem ehemaligen Beſitzer zur Seite, iſt ſicher nur dann richtig falls unfreiwilliger Beſitzverluſt dargethan wird. Vgl. 1, 15 §. 34. 7 §. 184. In das entgegengeſetzte Extrem fällt v. Savigny O. R. 2 S. 157. Nur zu unſrer Anſicht paßt Tit. 9 §. 57 in ſeinem Zuſammenhange. Die gefundne

Sache wird aufgeboten. Sie war also verloren. Der sich Anmeldende beweist nur, daß er sie bis dahin besaß, d. h. (§. 59) innehatte. Doch hat der unredliche ehemalige Inhaber nur aus Gewalt Klagrecht. Die Einrede des Titels greift gegen die Klage aus älterm Besitze durch. Zeigt nun aber auch der Kläger den Titel, so siegt — auch bei verschiednen Auktoren — der ältre Besitz. Die Einrede der ord. Ersitzung beginnt bei gestohlenen und dergleichen Sachen mit dem zweiten redlichen Besitzer.

Vgl. die Klein'schen Materialien (§. 187): Wer den Besitz wider seinen Willen verlor, kann auf Wiedererlangung desselben antragen. (§. 158:) Hierzu ist auch der bloße Inhaber gegen den Prädo, (§. 189:) wie auch gegen den der die Sache als herrenlos oder sonst aus einem augenscheinlichen Irrthum in Besitz genommen hat, wohl befugt (. Es ist z. B. ein Mantel, den ich geborgt habe, durch Verwechselung in fremde Hände gekommen). (§. 190:) Die Wiedererlangung kann nicht gefordert werden, sobald ausgewiesen ist, daß der neue Besitzer ein besseres (besser: mindestens ein gleich gutes) Recht habe. (§. 194:) Gegen einen Dritten kann der bloße Inhaber niemals (??) auf Wiedererlangung dringen.

Der hierauf ausgearbeitete erste Entwurf verfügt (§. 152): Der bloße Inhaber kann die verlorne Sache von Dem, welcher dieselbe ohne allen Rechtsgrund in Besitz genommen, zurückfordern. —. Ein Monent zum gedruckten Entwurf (1784 ... 8) verlangte, daß der jüngere dem ältren Besitz weiche; Dieß bezeichnete Goßler als ganz falsch.

Der fürstlichen Grafschaft Henneberg Landesordnung (1539) bestimmt (Delbrück S. 239) für Klagen aus Turbirung, daß der ältre Besitz vorgehe, es sei denn der jüngere Besitzer zeigt wie er zum Besitze kam; hiergegen erübrigt das Petitorium: rechtsbeständiger Titel und Besitzeserwerb aus demselben. Siehe oben c. 9 X prob. 2, 17.

Das bairische Landrecht (1576) zeigt keine deutliche Abweichung vom R. R.. Vgl. auch den codex judiciarius bavaricus civilis (1753) Kap. 3 §. 4.

Der, freilich beseitigte, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen (1852) bestimmte (§. 139): Das Recht,

eine Sache bloß darum, weil man sie besaß, zurückzufordern, findet auch statt gegen einen dritten Besitzer wenn dieser wußte oder vermuthen mußte, daß sein Vormann fehlerhaft besaß; immer auch gegen Den, der ohne allen Rechtsgrund besitzt.

Das hannover'sche Ordinarium frägt nach dem ältern und rechmäßigen Besitze. Damit stimmen Sondershausen und Schleswig-Holstein überein. Oesterreich geht nicht über das Maaß der römischen Klagen hinaus.

Für Frankreich bestimmte das Rechtsbuch von Beaumanoir (1283), der Besitzeskläger müsse mindestens einjährigen Besitz nachweisen. Die Prozeßordnung Ludwigs XIV. (1667) setzte außer Streit, daß Dieß nicht nur auf das prohibitorische, sondern ebensowohl auf das restitutorische Rechtsmittel anwendbar sei. Siehe auch code de procédure civile art. 23. Doch gelten diese Klagen nur bei Grundstücken. Code Napoléon art. 2279: En fait de meubles, la possession vaut titre (Sardinisches Gesetzbuch [1845] Art. 2411: en faveur des tiers). —. Néanmoins celui qui a perdu (Sard.: Einschränkung zu Gunsten des pflichttreuen Finders) ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans ... contre celui dans les mains duquel il la trouve. ... Es genügt der Beweis des Verlusts oder Diebstahls: Renaud Z. Schr. f. Ges. d. Ausl. 17 S. 156. Sonst muß „Hand Hand wahren". Jener Beweis zeigt indirekt den ältern Besitz. Vgl. das altfranzösische Recht der Assisen von Jernsalem basse court 266. Der Publiziana gedenkt der Code nicht.

Das badische Landrecht (1809) sagt (Satz 544 e): Der Besitz hat alle Wirkungen des Eigenthums (siehe jedoch die Prozeßordnung [1832]: Unterscheidung der Rechts- und Besitzesklagen, wie bei den Franzosen) zu Gunsten des wirklichen Besitzers gegen Jeden, gegen den man nicht wegen der befragten Sache in Vertragsverbindlichkeiten steht, oder der nicht einen stärkern Besitz oder ein stärkeres Recht zur Sache geltend machen kann. Der stärkre Besitz findet nur bei liegender Habe statt, und steht Demjenigen zu der vor den Andern wenigstens ein Jahr lang ungestört aus einem Rechtsgrunde, der die Meinung eines Eigenthumserwerbs begründen kann, inne hatte, den Besitz durch Eigenmacht des Andern oder Derjenigen, deren Rechtsnachfolger

(y) Dieser ist, verlor und die verlorne Innehabung vor Ablauf eines Jahres verfolgt.

Das englische right of possession bedeutet auch Recht zum Besitze. Der Besitzentsetzte zeigt nur seinen ehemaligen Besitz. Gegen Titel des Beklagten bedarf es auch des klägerischen Titels. Dann siegt das bessere, z. B. das vererbte, Recht. Besitzes- und Rechts-Klagrecht verjähren ungleich. In writ of assise ist assise eine dingliche Klage, welche durch Beweis ältern Besitzes den Titel des Klägers zeigt. Schon zu Blackstone's Zeit war die Klage mit andern aufgegangen in der action of ejectment. Der Beklagte muß wirklichen Titel darthun. Eine englische veraltete in jure cessio an Grundstücken veranschaulicht Blackstone II Anh. 5: A vindizirt von B: das Gut sei sein Erbgut und er habe besessen; B besitze jetzt, nachdem C den A unrechtmäßig in den letzten dreißig Jahren ejizirt hatte. B beruft sich auf seinen Auktor D. Dieser stellt sich und A wendet die Klage jetzt gegen ihn, als den durch das Bekenntniß der Garantiepflicht selbst Besitzenden. D beruft sich aber auf E. Dieser bestreitet jene Ejektion, und provozirt an eine Jury. Im Termin bleibt er ungehorsam aus. Das Urtheil lautet: B erstatte an A den Besitz, hat aber Rückgriffsrecht auf D, D auf E.

Das dänische Recht weicht nicht ersichtlich vom römischen ab. Die berner Satzung §. 611, das luzerner Gesetzbuch §. 258 geben dem Bestohlnen eine Klage gegen jeden Inhaber. Das neue zürcher Gesetzbuch §. 516 f. enthält die Publiziana, nicht die dingliche Klage des deutschen Rechts.

Die äußern Stützen der Delbrück'schen Theorie vom Vorzug des ältren Besitzes haben wir mitgetheilt und bei den wesentlichsten für die gemeine Praxis die Möglichkeit eines abweichenden Verständnisses angedeutet welches entweder den Einklang mit dem R. R. oder doch nur eine zweckmäßige Fortbildung desselben seit dem Mittelalter zu zeigen geeignet ist. Ueber die Frage, ob D. von deutschrechtlichem Standpunkte aus richtig kombinirt hat, maaßen wir uns kein Urtheil an. Aber das steht fest: Jene Theorie ist dem römischen Geiste geradezu feindlich. Wenn D. sich vergebens

bemüht, Hauptschwächen des römischen Systems auszuspüren: so scheint es nicht allzuschwer, sei es D. sei es unsre Vorfahren eines nicht geringen Unverstandes zu zeihen, daß oder wenn sie den ältern Besitzer dem jetzigen gegenüber die Sache abgewinnen lassen. Zwar ist es richtig, daß schon die Römer Denjenigen, qui, interrogatus, cur possideat, responsurus sit „Quia possideo", nec ullam causam possessionis possit dicere, mit Dieben und Räubern vergleichen (l. 12. 13 pr. l. 16 §. 4 h. p. 5, 3): aber die Römer muthen dem Eigenthumsbeklagten so lange nicht zu, seinen Titel zu nennen und zu beweisen, bis der Kläger den seinigen erfolgreich darthat. Wenn also D. lehrt, nach deutschem Rechte siege der ältre Besitzer falls nicht der Beklagte den Titel zeigt, und wenn D. sich auf das Argument jener Pandektenstellen stützt etwa in dem Sinne daß die Römer ihre richtigen Ideen nur nicht vollständig durchgedacht und vollzogen hätten: so diene zur Antwort; Warum ist nicht auch der Kläger dem Diebe ähnlich, da er nur den ältern Besitz allegirt, den er, so gut wie der Beklagte jetzt, ehemals gestohlen haben kann, da er keinen Titel angiebt?

1) „Aeltre Thatsache ist schwerer erweislich". Hierauf haben wir schon oben geantwortet: es giebt Beweise zu ewigem Gedächtniß, auch eine Immemorialverjährung u. dgl.. Im schlimmsten Falle hat der aktuelle Besitzer eben durch seinen Besitz größere Stärke des Verhältnisses zur Sache, als wer nur besaß. Es bleibt ja die, auch nicht immer zu beweisende, Möglichkeit, daß der Kläger veräußert oder verzichtet hatte. Mancher Beklagte hat einen Titel, ohne ihn beweisen zu können. Die meisten Käufer werden glauben, sie bedürften nichts Schriftliches falls sie die Waare empfangen. Andrerseits verzeiht die Delbrück'sche Theorie eine Nachlässigkeit (den klägerischen Besitzverlust) und begünstigt dieselbe in so fabelhaftem Maaße, daß der in Sicherheit und Ruhe genießende Besitzer — nicht um eines gegnerischen Rechtes, sondern um einer Thatsache willen, die jetzt erloschen und grade abgelöst ist durch Jenen — die größte Gefahr läuft Alles einzubüßen.

2) „Der Besitz des Beklagten wird vom Kläger angefochten, nicht umgekehrt". (??). Also, wer angreift, hat vermuthlich Recht? Ein Vindikant ist präsumptiv Eigenthümer? Der Beklagte muß das Einrederecht haben, durch dessen Ausübung er den Kläger hin-

wiederum und vorerſt anhält den Titel des Vorbeſitzes zu nennen und zu zeigen, bevor an ihn ſelbſt die Reihe komme, den eignen gehörigen Erwerb zu begründen.

3) „Da Beide ſchweigen — der Kläger über die Art des Verluſtes, der Beklagte über die des Erwerbes —: muß man gegen den Beklagten vermuthen: denn der Kläger ſchweigt über eine Thatſache, die ihm unbekannt geblieben ſein kann: der Beklagte über eine ſolche die ihm bekannt geworden ſein muß.“ Dieſes Argument iſt merkwürdig konfus. Es entſpricht doch für unſre Beweislehre und Beweisgleichheit nicht der Verluſt dem Erwerb, vielmehr der eine Erwerb dem andern. Mag der Kläger verloren haben wie er will: er kann ſeinen Titel nach wie vor gleich gut beweiſen.

„A vermißt ſeine Sache, findet ſie bei N und denunzirt. Die Unterſuchung ermittelt den Vorbeſitz des A, die Gelegenheit des B zur Verübung des Diebſtahls, endlich daß B ſich über den Erwerb nicht ausweiſen kann. So wird B höchſt wahrſcheinlich peinlich verurtheilt werden.“ Das mögen die Kriminaliſten wiſſen. Ich würde als Geſchworner darauf beſtehen, daß man mir darthue, er habe die That verübt. „Und doch zeigte A keinen Titel. Dieſen ſollte er alſo in der Zivilklage beweiſen müſſen? So könnte der verurtheilte Dieb das Geſtohlene behalten.“ Das Unglück iſt ſo groß nicht. A gewinnt dadurch kein Eigenthum, daß B ihn beſtiehlt. Die Sache wird edictaliter ausgerufen, daß der wirkliche Eigenthümer ſich erweiſe und ſie einlöſe.

Man ſieht, daß an eine concordantia discordantium canonum hier nicht zu denken iſt. Die römiſche oder die angeblich deutſche Auffaſſung muß vorgezogen werden. Wir können nur in der erſtern die brauchbaren Grundlagen für eine verſtändige Vertheilung der Beweislaſt erkennen.

Dagegen begrüßen wir freudig die „Abart“ jener Klage: „die Klage aus Verluſt des Beſitzes wider Willen.“ Aber für ſie fehlt es auch nicht an römiſchen Anwendungen; wir erinnern an die actio ex interdicto de vi, an die metus causa actio u. ſ. w.. „Hier fällt die Einrede des Titels weg, weil die Vermuthung der Aufhebung des Klägerrechts nicht Platz greift.“ Hiergegen müſſen wir abermals uns verwahren, da wir, begriffen wir dieſe „Vermu-

thung", sie dem Beklagten, der jetzt besitzt, ebensogut zusprechen müßten. Es wird also doch der „unfreiwillige" Besitzesverlust allein nicht hinreichen, die Klage zu begründen; es bedarf noch entweder einer besonders affreusen Art des Besitzverlustes (met. c. a.) um die Klage gegen jeden Besitzer dirigiren zu können, oder eines jenseitigen Delikts um sie gegen den Delinquenten und seine Hehler zuständig zu machen (i. de vi). Den Bestrebungen, die Klage aus gewaltsamer Entsetzung auch gegen gutgläubige Nachbesitzer zu erstrecken, können wir auch in der Delbrück'schen Auffassung nicht hold sein. Denn, sagt man gleich, die Klage sei eine Eigenthumsklage: ohne den eigenthümlichen Besitzverlust stände sie nicht zu, der Unschuldige aber kann durch den Besitz des corpus delicti allein nimmer schuldig werden; man denke nur welche Kreditlosigkeit aus solcher übertriebener Anfechtbarkeit des Besitzes fließen müßte!

Können wir nun im Ganzen die Delbrück'schen Resultate nicht anerkennen: so fühlen wir uns um so mehr gedrungen, dem Fleiß und Scharfsinn unsern Tribut zu zollen, der das Buch zu einem bedeutenden Werke erhebt. Auch ist unser Urtheil ganz unmaaßgeblich. Mögen Andre unsre Einwendungen widerlegen: wir werden Solches mit Vergnügen lesen. Einstweilen sei es erlaubt, die römische Publiziana an ihrem bescheidnen Platze zu lassen, von welchem ein Delbrück sie verdrängen und aus dem Chor der Rechtsmittel ganz ausstoßen will.

§. 16. Besitzklagen. [1])

Sich im Besitze zu behaupten, dazu dient — außer allerlei Einreden — auch eine selbständige actio ex interdicto: l. 1 §. 4

1) Vgl. die beiden bedeutendsten, recht eigentlich einander ergänzenden Werke über den Besitz, nämlich von v. Savigny und Bruns. Hierzu ferner die Forschungen von Delbrück. Die prozessualische ältre Lehre ist abgeschlossen mit v. Bayer. Wetzell hat aus gründlichen Quellenstudien zur Revision aufgefordert, und Briegleb (Einl. in d. Theor. der summ. Proz.) fällt den Baum des bisherigen Systems an der Wurzel. Unsre Aufgabe ist es nicht, die (prozessualische) Lehre Briegleb's hier zu prüfen, zumal da das nähere Studium dieses ganz neuen, gründlichen und geistvollen Werkes mir erst über dem Druck meiner Arbeit möglich ist.

u. p. 43, 17. Sie verhält ſich zur Eigenthumsklage, wie Beſitz zu Eigenthum: §. 2 ib.

Ueber poſſeſſoriſche (Rudorff in Sav.'s Z. Schr. 13 [1846] S. 239) Interdikte ſ. Puchta Inſt. §. 225; engere Gränzen zieht ſich Heerwart „über quasi-poss. und poſſ. R. Mittel": in Linde's Z. Schr. 12 (1839), 6. Den römiſchen Interdiktsprozeß behandelt Zimmern Geſch. d. röm. Privatrechts III (1829) (Th. 2 B. 3) Kap. 3, v. Bethmann-Hollweg Gerichtsverf. und Prozeß des ſink. röm. Kaiſerreichs (1834) (H. B. d. Ziv. Proz. I, 1). Selbſtändig beſitzbar ſind auch Bruchtheile: l. 1 cit. §. 7.

Interdicta retinendae possessionis (Mühlenbruch Pand. §. 239, v. Bayer Theorie d. ſumm. Pr. §. 65 ff.) giebt es zwei: uti possidetis (Albert über d. i. u. p. Halle 1824) für Immobilien, utrubi für Mobilien.

Possidere, possessio, ſind Ausdrücke, welche ſprachlich und urſprünglich nur auf Immobilien paſſen: Fest. s. v. possessio, Isidor. or. 15, 13, l. 1 pr. a. p. 41, 2 cf. l. 115 v. s. 50, 16. Nur in Grundbeſitz iſt der Menſch „ſeßhaft", nur von hier iſt er zu „vertreiben": daher mindeſtens vor Juſtinian das i. de vi (anders das de precario: l. 4 pr. l. 10 prec. 43, 26, wenigſtens im klaſſiſchen Zeitalter: vgl. Isidor. or. 5, 25), da es „Dejektion" erfordert, auf Mobilien nicht paßte. Bei Mobilien nämlich kehrt ſich das Verhältniß um: Wie der Menſch auf dem Grundſtücke lebt, ſo iſt die Mobilie (lokal, daher „utrubi") beim Menſchen. Daher kann, nach richtiger Erkenntniß, umgekehrt auch nur eine Mobilie dem Menſchen „weggenommen" werden, woraus die Rechtsmittel vi bonorum raptorum, furti, ad exhibendum, entſpringen, von denen beſonders das letztgenannte, als das am Weiteſten gehende, die Lücke des i. de vi ausfüllte. Auch das ältre deutſche Recht zeigt eine ähnliche Unterſcheidung, und die natürliche Betrachtung wird eine ſolche ſtets feſthalten.

Die ii. ret. poss. treten zum Eigenthumsprozeß, bei aller Sonderung der Beſitzes- und der Eigenthumsfrage, in ein inniges Verhältniß. A und B behaupten gegen einander das nämliche Eigenthum. Keiner von Beiden mag die Klägerrolle, angeſichts der Bürde der Beweislaſt, übernehmen: Jeder ſagt: ich beſitze. Die Vertheilung der Rollen muß dem Prozeſſe voraufgehen. Vorher

iſt alſo die Kolliſſion jener Beſitzbehauptungen zu löſen: wer im Beſitzesſtreit unterliegt, muß von Allem abſtehn oder die Klägerrolle zum Eigenthumsſtreit übernehmen: Gai 4 §. 148 l. 35 a. p. 41, 2. Auch außergerichtlich können die Partheien hierüber ſich einigen: l. 1 §. 3 u. p. 43, 17. Die manus consertae in der sacramento legis actio in rem bedeuteten den Beſitzſtreit, die deductio moribus (Cic. pro Caec. 7, 20 dazu Keller in Sav.'s Z.Schr. 11 [1842], 9, vgl. Rudorff daſ. 10, ferner Keller in den semestria ad Ciceronem, dazu Rudorff in den Jahrbb. f. wiſſ. Kritik 1 [1843] S. 601 ff.) die Beſitzeinigung: v. Savigny vermiſchte Schr. 1 S. 313 (1850). Hier kamen die Partheien überein, der Eine ſolle den Andren rechtswidrig deſiziren, damit der Letztre die Eigenthumsklage direkt erhebe. Ich muß v. Keller gegen Puchta Inſt. §. 161 Anm. s beiſtimmen, daß dieſe deductio erſt mit dem Abſterben des Legisaktionenprozeſſes aufgekommen ſein kann: man umging die prätoriſche Feſtſtellung des Beſitzers. Vgl. Cic. pro Tullio §. 20. Wir erkennen hierin eine ähnliche Abkürzung, als die jüngſte der Legisaktionen, die per condictionem, eine ſolche für gewiſſe Schuldklagen ſchuf. Von i. de vi, von der exceptio des i. uti poss., konnte gegen vis ex conventu nicht die Rede ſein. —. Die manus consertae fanden am Streitobjekt ſelbſt, oder an einem das Ganze darſtellenden Stücke deſſelben ſtatt, an welchem alſo Beide „Gewalt zeigten", wovon die Sache oder das Stück (von Grundſtücken: Cincius bei Fest. s. v. vindiciae) „vim-diciae" hieß. Praetor vindicias dicebat secundum alterutrum eorum: Dieſem erkannte er den Beſitz für die Dauer des Eigenthumsrechtsſtreites zu. In einer ſpätren Zeit begnügte ſich der Prätor damit, zu interdiziren, und ließ die Leute vor der Jury ihren Beſitz entſcheiden. Vgl. l. 1 §. 2 si ventr. nom. 25, 5: non praetoria potestate, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit. Aus der alten Zeit berichtet Kato bei Fest. s. v. vindiciae: Praetores secundum populum vindicias dicunt. Das Gemeinwohl verdient den nächſten Schutz, demnächſt die Freiheit: l. 2 §. 24 or. j. 1, 2 Liv. 3, 44. Dem Kläger im Falle der Virginia hatte der Dezemvir heimlichen Auftrag gegeben, ut virginem in servitutem assereret neque crederet secundum libertatem postulantibus vindicias. Dar-

auf hin minister manum injecit u. ſ. w.. (Liv. daſelbſt Kap. 45:) Der Bräutigam beharrte auf der vindicatio in libertatem. (Kap. 46:) Der Dezemvir ſetzt das Dekret bis zum nächſten Tage aus, falls der Vater erſcheinen werde. Der Bräutigam ſtellt Bürgen. (Kap. 47:) Der Vater erſcheint. Dennoch decemvir decernit vindicias sec. servitutem. Der Kläger will die Beute greifen. (Kap. 48:) Nun bittet der Vater um eine letzte Unterredung mit der Tochter, und mordet ſie. Vgl. Dion. 11, 28 ... 37. Doch alterirten die vindiciae sec. lib. keineswegs die Beweislaſt: l. 7 §. 5 lib. c. 40, 12. —. Das Wichtigſte bei Fest. s. v. vindiciae — außer dem Dichterwort des Luzilius — iſt der Tafelſatz: „Si vindiciam falsam tulit, ... fructus duplione damnum decidito“. In augenfälligem Gegenſatze hierzu beſtimmt das Edikt in l. 1 pr. u. p. 43, 17: „neque pluris quam quanti res erit agere permittam.“

Vor Juſtinian — Gai. 4 §. 150 — ſiegte bei Immobilien, wer zur Zeit des richterobrigkeitlichen Friedensbefehls, des techniſchen interdictum als konkreten dictum praetoris inter partes, beſaß. Das Schema ſolcher Befehle — interdictum in abstracto —, gezeigt am Beiſpiel eines Hauſes, iſt enthalten in l. 1 pr. u. p. 43, 17; gezeigt am Beiſpiel eines Landgutes in Fest. s. v. possessio; ein drittes Beiſpiel wäre ein locus: l. 3 §. 6 tit. cit. 43, 17, z. B. ein Seitenflügel des Hauſes, ein Ackerſtück des Landgutes (vgl. l. 1 §. 7 ib.): l. 60 v. s. 50, 16 (Schmidt Interdikte S. 65): Locus est ... portio aliqua fundi, fundus ... integrum aliquid est. Vielleicht gehört hierher l. 1 cit. §. 8: Hoc i. in omnibus etiam possessionibus quae sunt soli sine dubio „locum“ habebit dummodo possideri possit. Das älteſt erfundene iſt das i. de fundo, jünger, und beſſer formulirt, daher auf fundi angewendet, das i. de aedibus: Burchardi §. 154 Anm. 4.

Der Friedensbefehl, erlaſſen ohne vorherige Prüfung wer von Beiden beſitze, verbot Beiden, den Andern, ſofern dieſer beſäße, zu ſtören. Somit iſt das Interdikt

1) ein doppeltes: l. 3 §. 1 u. p. 43, 17, §. 7 J. ii. 4 15, l. 2 pr. ib. 43, 1. Es gehört alſo zu den gemiſchten Rechtsmitteln, d. ſ. Rechtsmittel ohne Partheiverſchiedenheit: in welchen nämlich ſchließlich auch der Kläger verurtheilt werden kann: l. 37 §. 1 obl. et a. 44, 7, wohin auch die Theilungsklagen zählen. L. 44 §. 4

fam. herc. 10, 2 zeigt, daß hier die ersten Anfänge des beiderseitigen Gefährdeeides liegen. Prozessualisch klagt, wer den frühern gerichtlichen Antrag nimmt: l. 13 jud. 5, 1; bei Gleichzeitigkeit wird gelooft: l. 14 ib.. Materiell aber ist in jenen Interdikten par utriusque litigatoris condicio: Gai 4 §. 160. Auch simplicia ii. konnten duplicia werden. A und B leiten Wasser mittelst des nämlichen Baches (rivus), sind also „Rivalen". Der Bach reicht nicht aus. Nun behauptet Jeder exklusive Befugniß. Der Prätor befiehlt: Uti hoc anno aquam, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario (— statt „ab illo":) alter ab altero (— statt „duxisti":) duxistis quominus ita (— statt „ducas":) ducatis vim fieri veto. Der Unterliegende mag konfessorisch klagen: Schmidt Interdikte S. 187 f..

2) ein prohibitorisches, von der Klasse derjenigen die auf „vim fieri veto" endigten; die entgegengesetzte Klasse schloß mit „ne facias veto" oder „te facere veto"; über die proh. JJ. überhaupt siehe Schmidt JJ. S. 49 ... 72. —. Wegen Kloaken will der Prätor nicht so interdiziren; vgl. Schmidt v. Ilmenau in Sav.'s Z. Schr. 15 (1850), 3.

Ein Befehl kann nicht, bevor er erfolgte, verletzt werden. Einer Prüfung bedürfen in dieser Hinsicht:

1) l. 3 §. 4 h. t. 43, 17: Der Rechtsvorgänger Deines Nachbars leitete die Weinreben Deines Grundstücks auf seine Bäume. Deine Rechtsmittel sind:

a) Kappen (oder Zurückbeugen) der Reben nach Meldung, oder

b) (lies: aut uti te in eum: Schmidt JJ. S. 62) Erhebung des Interdikts u. p. wegen der Wurzelstätte. Dieß zweite Rechtsmittel forderst Du falls der Nachbar nach Empfang der Meldung widerspricht. Ward nämlich darauf interdizirt, und nun hindert er Dich am Kappen u. s. w.: so stört er Dich in der Kultur, somit im Besitze. Denn, wie das Haus zum Platz, so gehört der Anbau zum Fruchtland.

2) §. 9 ib.: Unsre Wände berühren sich in der Breite. Du überdachst Dein Haus, und meine Wand mit: so habe ich einen Interdiktsanspruch auf Beseitigung der Belastung. Also verfällt das Interdikt auch dann, falls die Störung hernach fortdauert, sollte sie gleich vorher begonnen haben. Die Beantwortung der Frage, ob das Interdikt auch den Besitz von Stadtservituten sichert,

wäre hieraus zu entnehmen, falls sie hierher gehörte. Doch wollen wir §§. 5 ... 7 ib. erklären. Als Schulfall tritt folgender auf: A hat an seinem Hause einen Erker oder sonstigen Ausbau, vorspringend über den Boden des B. B bestreitet, A behauptet das entsprechende Recht. Für diesen Fall war beim Sabinianer Kassius berichtet, das Interdikt sei Beiden unbrauchbar, da Beide besitzen: der B den Boden, der A mit dem Hause das Bauwerk. D. h. offenbar, da sie direkt um das Recht, nicht um bloßen Besitz, streiten: so bedarf es sofortiger negatoria und confessoria actio. Der Vorsprung ist da, also A Beklagter: gleichwohl hat er sein Servitutenrecht zu beweisen. Der Prokulejaner Labeo illustrirt die Unmöglichkeit des Interdiktsstreites noch näher: Setzen wir, B erlangt das Interdikt wegen des überdachten Bodenstückes. Könnte nicht A hiergegen das Interdikt wegen des Hauses, zu dem doch der Ausbau gehört, erlangen? Keiner kann's: das eine Interdikt paralysirt das andre. Dagegen hat A keinen paralysirenden Anspruch, falls er gar kein besonderes Grundstück und Haus hat, sondern nur über dem Hause und Platze des B etwa ein Speisezimmer in welchem er wie ein Hausherr weilt. Superficies cedit solo. Führt jedoch der Haupteingang (von der Straße, vom öffentlichen Platze her) des Hauses, ohne Vermittlung innerer Treppen, direkt zu jenem Speisezimmer: dann gilt, da das Erdgeschoß (κρύπται) nun nicht die prinzipale Wichtigkeit hat, A vielmehr als Hausbesitzer. —. Also gilt als Hausbesitzer a) der Besitzer des Bodens, b) demnächst der Besitzer des untern Stocks, c) verschwindet („κρύπται") jedoch der Unterraum, schrumpft zusammen zu einem untergeordneten Zwecke, stellt das Haus nicht dem Eingehenden dar: so ist die Regel b unanwendbar, und tritt der eigentliche erste Stock, die Hauptetage, ein. Die Frage ist hier überall nur die, hat B gegen A oder vielmehr A gegen B das Interdikt? Die gegenseitige Interdiktszuständigkeit dagegen ist hier überall geläugnet. Dafür gebrauchen aber die Superfiziare ein eignes Interdikt und Klagen prätorischer Verleihung. Nicht ist dieses i. de superficie so stark wie das i. u. p.: der Boden, das Ganze, prävalirt dem Stockwerk: dennoch schützt der Prätor den Superfiziar, gemäß dem Miethvertrage (Pomponius und Ulpian). —. Das Interdikt steht zu wegen Bauhinderung: l. 3 §. 2 u. p. 43, 17 arg. l. 52 §. 1

a. p. 41, 2. Gebrauche ich es gegen meinen Miether, der mich am Ausbessern hindern will, so muß ich eine befriedigende Erklärung vor Zeugen abgeben, dahin, daß ich ihm die Wohnung nicht verkümmern will, indem ich ihm doch Besitz im bürgerlichen Sinne, also Einspruchsrecht gegen die beabsichtigte Ausbesserung, nicht zugestehe: l. 3 cit. §. 3. — Ueberhaupt dient das Interdikt dazu, Störungen willkührlicher Eigenthumsausübung zu entfernen: l. 8 §. 5 i. f. si serv. vind. 8, 5. Die Störung kann positiv und negativ sein: ich hemme Dich, oder: ich handle selbst in Deinem Besitze, Letzteres z. B. durch Pflügen, Säen, Graben: l. 11 vi 43, 16, oder gar durch Nießbrauchsanmaaßung: l. 4 u. p. 43, 17. —.

Hatte der Prätor interdizirt, und stört nun hernach der Eine den Andern, oder — der regelmäßige Fall — stören sie Einander — denn Keiner mag vom Besitze gutwillig abstehn —: dann erwächst dem Gestörten ein Klagrecht auf Dauer eines utilis annus auf Quanti ea res erit. Ausnahmsweise auf 30 Jahre im Falle der l. 1 §. 5 ib.: Perpetuo interdicto insunt haec „quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides“: Arndts §. 172 Anm. 3. Dagegen v. Vangerow §. 336 Anm. Nr. II 6 Buchta Pand. §. 133, Beide ohne Erwähnung der Stelle. Die Deliktsnatur perpetuirt das Klagrecht, denn auch bittweiser Besitz ist ungerecht weil auf Widerruf nicht zurückgegeben wird. Andre Ausnahme: de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit: l. 4 ii. 43, 1. Die actio ex i. u. p., nicht auch der Anspruch auf das Interdikt, konnte verjähren: Schmidt II. „die Verjährung“ S. 116 ... 25.

Die Jury erkannte den Einen als den Besitzer an und verurtheilte daraus den Andern. Dadurch sind dann die Partheirollen für die Eigenthumsrechtsfrage bestimmt, sollte der Unterliegende auf Erhebung des Eigenthumsstreites beharren.

Die Jury erkennt Denjenigen als den Besitzer an, der zur Interdiktszeit, nicht gewaltsam noch heimlich noch bittweise von seinem Gegner, besaß: l. 1 §. 9 u. p. 43, 17. Diese exceptio ist gleichsam recuperandae possessionis, sie verschlingt zwei Prozesse in einen. Deßhalb stellt z. B. Burchardi die ii. rec. denen ret. poss. voran. Gegen Dritte aber half auch fehlerhafter Besitz: l. 53 a. p. 41, 2; gegen l. 3 pr. h. t. 43, 17 spricht die justinianeische Verwerfung der compossessio plurium in soli-

dum. Vgl. §. 10 ib.. Auch cap. 9 X prob. 2, 19 fordert nicht justam possessionem, sondern sieht, in einem Falle in welchem Beide gleichzeitig Besitzhandlungen vornahmen, auf das Alter des Besitzes, welches sich auf der einen Seite noch steigert durch den Nachweis des Titels, zur Begründung der Vermuthung, der Andre besitze vitiös von Jenem, da er weder das Wie seines Erwerbes noch frühern Besitz darthut. Denn unentschieden darf das Possessorium nicht bleiben, wo Beide Besitz gezeigt haben, da nur wo Keiner bewies Keiner zu besiegen stand.

Das Mobilar- unterschied sich von dem Immobilar-Interdikt in dem einen Punkte, daß in der Besitzklage Derjenige siegte, welcher den im Verhältnisse zu seinem Gegner größern Theil des Interdiktsjahres besaß. Das Jahr schließt mit dem Friedensbefehl: l. 1 pr. utrubi 43, 31. Dieses Interdikt also war gewissermaaßen materiell restitutorisch: Schmidt JJ. S. 69 Anm. 55. —. Woher diese Besonderheit? Die Hauptmobilien waren Sklaven, das Schema enthält grade dieß Beispiel. Ein Sklave geht bald mit A bald mit B. Besitzt ihn A oder B? Mit wem er zuletzt ging: das ist offenbar noch kein Besitzen. „Utrubi ... fuit" heißt es im Schema. Die Vermuthung — Weiterungen sind nicht verstattet — ist für Den, mit dem er die meisten Gänge machte. Ueber ein Jahr griff man für diese Untersuchung nicht zurück, denn dieß war schon eine Ersitzungsperiode. Es ist also unrichtig, das utrubi i. als dingliche Klage ohne Eigenthumsbeweis, ein älteres und ungeschickteres Seitenstück der Publiziana, aufzufassen; es ist ja retinendae poss.. Ebenso irrig ist es, hierin einen Vorzug des ältern vor dem jüngern Besitzer zu erblicken; brauchte A den Sklaven die letzten sieben, B denselben die frühern fünf Monate: so mußte A siegen. Vgl. Burchardi §. 154 Anm. 8. Ein abwechselndes Gebrauchen zwischen A und B kann auch an andern Mobilien vorkommen: man denke an Hunde, Stöcke, Regenschirme, Reisehandbücher u. dgl..

Im justinianeischen Recht wird im Einzelfalle kein Frieden mehr befohlen. Die Interdiktsschemen reden jetzt alle Gesetzesunterthanen unmittelbar an. Dadurch ward eine Veränderung in Bestimmung der Zeit nöthig, wann man besitzen müsse, um vom Besitzklagrichter als Besitzer anerkannt zu werden. Justinian,

indem er, sowie jene Schemen Gesetze geworden, den Besitz in dessen Verletzbarkeit dem subjektiven Rechte ähnlich gestaltet, normirt hierfür den Zeitpunkt der Kriegsbefestigung: §. 4 J. iv. 4, 15.

Zivilbesitz, d. i. Besitz in eigenem Namen, Eigenthumsbesitz, ist erforderlich. Bloße Gewahrsam genügt selbst dann nicht, wenn sie auf amtlicher Ermächtigung zum Schutze eigner Interessen des Eingewiesenen beruht: l. 3 §. 8 u. p. 43, 17. —. Nicht im Wege steht, daß man durch Stellvertreter ausübt; umgekehrt hat der Stellvertreter das Rechtsmittel nicht, da er nicht in eignem Namen besitzt. Solchen Zivilbesitz behält man bloß im Geiste auch über die leere Sache bei, man erwirbt ihn ursprünglich jedoch nur durch Produkt aus Willen und körperlicher Verwirklichung: §. 5 J. tit. cit. 4, 15.

Ist Jemand seines Grundbesitzes: l. 1 §. 26 vi 43, 16, oder der Ausübung seines persönlichen Servitutenrechts: l. 3 §. 16 ib., gewaltsam entsetzt worden so daß der Besitz verloren ist: l. 1 §. 45 ib.: dann steht ihm ein Klagrecht zu. Nur gegen unvollendete Entsetzung nämlich reicht das s. g. Recht der Nothwehr aus: nach Naturrecht schon darf man Gewalt mit Gewalt, Waffen mit Waffen, vertreiben: l. 1 cit. §. 27. Mit Unrecht sieht Wetzell Syst. d. ord. Z. Proz. (1854) §. 1 hierin eine Rechtsausübung; auch der Unberechtigte hat jeden Besitzesschutz. So braucht der Entsetzte nicht Eigenthümer zu sein, um das i. de vi zu haben: l. 8 h. t. 43, 16. Wer im Entsetzungsfalle dieses Interdikt haben würde, der ist vorher zu eigenmächtiger Vertheidigung seiner selbst im Besitze wohlbefugt. Redejektion in continenti ist gestattet; nur auf diesen bekannten Umstand geht auch c. 1 u. v. 8, 4: Recte possidenti ad defendendam poss., quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet. — „Recte possidens“ ist der wirkliche (richtige) Besitzer. „Sine vitio“ wäre beim i. ret. poss. allerdings „nec vi nec clam nec precario ab altero“, bei dem allein in Rede stehenden i. rec. poss. dagegen muß es bedeuten „ohne unmittelbar vorher den Gegner dejizirt zu haben.“ Widerstand gegen die Redejektion ist Verlängerung des Unrechts der Vergewaltigung. Wer nämlich gewaltsam besetzt, hat

keine Ansprüche auf Schutz im Besitze: c. 3 ib. aus Diokletian's Zeitalter.

Die Klage des Entsetzten geht nicht auf Bestrafung des Vergewaltigers, und ist daher frei vererblich: l. 1 §. 44 h. t. 43, 16, im klassischen Recht selbst vor Erwirkung des Interdikts der Anspruch auf diese Erwirkung: l. 3 §. 17 ib. Auch Infamie kann Strafe sein; kein Interdikt infamirt: l. 13 ib. — Die Klage geht auf Erstattung, und hat die Einrede der relativen Fehlerhaftigkeit des entzogenen ehemaligen Besitzes nicht zu fürchten. Der letztre Umstand verhielt sich, mit gewissen Ausnahmen, wie z. B. wenn der Entsetzer Waffen gebraucht hatte: Gai 4 §. 155, im klassischen Recht entgegengesetzt: §. 154 das.. — Die Klage gründet sich (c. 2 h. t. 8, 4) auf das Schema des i. (un)de vi. Unde vi war eine Ediktsrubrik, welche mehrere Interdikte umfaßte: l. 2 §. 3 ii. 43, 1. Das Schema für einfache Privatgewalt — i. de vi quotidiana, privata — lautete: l. 1 pr. h. t. 43, 16: Unde tu illum vi dejecisti, aut — §. 11 ib. — familia tua dejecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra (utilem: §. 39 ib.) annum — post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit — judicium dabo. Das Interdikt ist also recuperandae (§. 1 ib.) poss.. Nicht jede vis im Sinne des Dekrets des Markus ist vis (atrox: §. 3 ib.) im Sinne unsres J's. Trifft aber der doppelte Gesichtspunkt — Gewalt und Eigenmächtigkeit — überein, dann kumulirt sich das J. mit den Strafen der Kaisergesetze (§. 2 ib.). Zu diesen zählt auch c. 6 h. t. 8, 4 (eigenmächtige Exekution). Ferner können peinliche Strafen kumuliren: bei den Römern aus den s. g. julischen Gewaltsgesetzen: de vi privata (c. 4 ib.) und publica, d. s. Kapiteln der ll. Juliae judiciorum privatorum und publ.: l. 1 §. 2 ib.. Publica vis ist Waffengewalt. „Arma" sind hier „tela"; eigentlich dienen „arma" der Vertheidigung, „tela" dem Angriff; nur Letztres kann hier gemeint sein. Genannt werden außer Schwerdtern und Lanzen, ja Knütteln und Steinen: „frameae i. e. rhomphaeae", d. s. vielleicht Waffen, wie sie die alten Deutschen hatten, welche den Zweck des Schwerdtes und der Lanze in sich vereinigten: l. 3 §. 2 ib.. —. Uebrigens genügt es, daß Einer oder der Andre der Entsetzer die Waffe hielt ohne sie zu gebrauchen: §. 3 ib.. Auch braucht die Waffe nicht mitgebracht zu sein; genug,

daß man sie annimmt: §. 4 ib.. Ist sie aber mitgebracht, so bleibt, auch wenn sie abgelegt wird, die Drohung stark genug, das Dasein öffentlicher Gewalt zu charakterisiren: §. 5 ib..

Diese Interdikte sind possessorische im Sinne der l. 2 §. 2 ii. 43, 1. Sie verlangen und schützen kein Recht. Der verlorne Besitz bleibt auch hier, trotzdem er rechtsähnlich geschützt wird, reine Thatsache. Er ist für den Kläger Voraussetzung des Sieges; umgekehrt verlangt die Eigenthumsklage beklagtischen aktuellen Besitz, in welcher Hinsicht ihr andre JJ. gleichstehn, die man deßhalb nicht (anders die „quidam" bei Gai 4 §. 145 für ein Spezial-J.) possessorische nennen darf: wie z. B. das i. quod legatorum: vgl. Vat. fragm. §. 90, wie alle ii. adipiscendae poss. z. B. auch quorum bonorum: Gai. 4 §. 144, sectorium: §. 146 daſ., Salvianum: §. 147 daſ., §. 3 J. ii. 4, 15, endlich: Quo itinere venditor usus est quominus emptor utatur vim fieri veto: l. 2 §. 3 ib. 43, 1.

Die ii. adip. poss. erfordern gradezu, daß der Kläger nicht besaß, also auch keinen Besitz verlor: Gai 4 §. 144. Diese Rücksicht fällt weg bei den ii. tam adip. quam rec. poss.: „quem fundum", „quam hereditatem": Ulp. Inst. ex lac. Vindob. VI., „quem usumfructum": Vat. fragm. §. 92. Auch diese sind nicht possessorisch, da sie nicht fordern, daß der Kläger besitzt oder besaß.

Bei Cic. pro Caec. 8, 21, 22. wird Jemand dadurch dejizirt: l. 3 §. 8 h. t. 43, 16, daß ihm der Eintritt in seinen Grundbesitz, den er geistig mit sich genommen hatte, mittelst bewaffneter Schaaren gewehrt wird. (§. 23 bei Cic. l. c.:) Der Prätor interdizirt de vi, hominibus armatis: „Unde dejecisset, restitueret", ohne Exzeption. Der Impetrat behauptet, restituirt zu haben; der Impetrant läugnet Dieß, und erzwingt die Prozeßwette, über welche nun zu entscheiden ist.

(Cic. ib. 19, 55:) Wer nur den Buchstaben reitet, tilgt leicht den ganzen Nutzen des Interdikts. Es beginnt: „Unde tu, aut familia tua, aut procurator" (l. 3 §. 10 h. t. 43, 16. Ratihabition. Der Vollmachtgeber u. s. w. ist Selbstentsetzer. Daß die familia entsetzt, genügt nicht, den pater familias zum Selbstdejizienten zu stempeln: §. 11 ib.. Intellektuelle Urheberschaft: das

J. paßt gegen Den qui dolo fecit quo quis armis dejiceretur: §. 12 ib.) „tuus“. Z. B. ein Sklave iſt keine „Familie“. Entſetzte er mich, ſo kann ſein Herr, falls nur der Buchſtabe Recht wäre, ſagen „Restitui“, inſofern Jeder Dieß ſagen darf, der, obzwar er Nichts reſtituirte, doch auch nicht von den Bedingungen des Reſtitutionsbefehls getroffen wird. Vielleicht hatte jener Herr weiter keinen Sklaven. (Cic. §. 56:) Es iſt ausgemacht, daß ſo nicht ausgelegt werden darf. (Cap. 28 §. 79:) Dennoch ſagt man in ähnlicher Wortklauberei: Nichtzulaſſen iſt kein Hinauswerfen; (§. 80:) freilich iſt der Nichtzugelaſſene vertrieben von der außerhalb ſeines Beſitzes liegenden nächſten Gränzgegend, von wo er, ſtatt Eingang zu finden, zurückweichen mußte. (§. 81:) Der Sinn des Interdikts und der Wette iſt ein andrer und dem Worte vorzuziehender. (Cap. 29 §. 82:) Der Beklagte iſt ſchuldig, (§. 83:) denn er hat die Gewalt verübt. (§. 84:) Wendet er ein „non dejeci“, (§. 85:) ſo ſchlägt ihn, daß das Interdikt nicht vorſchreibt, der Dejektus müſſe auf dem Boden ſelbſt geſtanden haben. (Cap. 31 §. 89:) Denn „Unde“ paßt auch, wenn Jemand vom Markte heimgehend ſein Haus geſperrt findet. (§. 90:) Alſo kann man von da, wo man ſich in dem Momente räumlich nicht befand, entſetzt werden. Aber auch von da, wo man nicht beſaß? (§. 91:) Im quotidianum i. ſteht „quum ego possiderem“; Dieß grade fehlt, nicht ohne Abſicht, im i. de vi hom. arm. (Cap. 32 §. 92:) Ex quotidiano hat man zu zeigen 1) die Entſetzung, 2) den damaligen Beſitz, 3) die Fehlerloſigkeit dieſes Beſitzes. Doch löſt dieſer letzte Punkt ſich auf in einen Einredebeweis aus relativem Fehler. (§. 93:) Die beiden letztren Punkte kommen nicht in Frage beim i. de vi coactis armatisve hom. Alſo wäre dieſes J. damals (anders im klaſſ. R.: l. 1 §. 23 h. t. 43, 16) auch adipiscendae poss. geweſen? Cizero plädirt. Vielleicht wäre ſeinem Schützling der Beſitzbeweis mißlungen: Geiger in Linde's Z.-Schr. 13 (1839), 10 S. 239 f. Anm. 1. (Cic. l. c. §. 94:) Doch beſaß der Kläger durch einen Pächter, (§. 95:) und war Dieß von der Gegenparthei ſelbſt indirekt zugeſtanden.

Im prohibitorischen Interdikt war der Besitzprozeß angebahnt, dessen Ausgang die Eigenthums-Prozeßpartheirollen zuwies. Nun mußte aber noch für die Feststellung des Besitzers während des Besitzprozesses gesorgt werden. Zur klassischen Zeit versteigerte zu diesem Ende der Prätor nach Ausspruch des Interdikts den künftigen Ertrag (fructuum licitatio) zwischen den Partheien. Der Meistbietende wurde Beklagter gegen Versprechen des Fruchtersatzes (fructuum stipulatio). Verlor er im Besitzprozesse, so — meint Huschke — müsse er die doppelte Frucht leisten. Genauer sagt Gai. 4 §. 167: Erst im Cascellianum judicium muß Jener, außer dem strafweisen Verfall seiner Meistgebotssumme, die Zwischenfrucht erstatten. (§. 168:) Beides kann der Ueberbotne, sollte er gleich verlieren, nicht zu zahlen haben.

Diese Lizitation ist unpraktisch. Die deutsche Reichskammergerichtsordnung von 1555 Th. II Tit. 21 §. 3 schreibt vor: Ist zwischen den Partheien Aufruhr zu besorgen, so soll das Gericht Macht haben, selbst von Amtswegen den Besitz zu sequestriren und baldigst darauf, summarie, ohne einigen gerichtlichen Prozeß oder andre weitläufige Ausführung der Sache, zu erkennen, welcher von beiden Partheien der interimistische Besitz zu geben sei.

Die Duplizität des Interdikts zeigt sich in Klage und Beweis. Keine von beiden Partheien darf sich begnügen mit Abläugnen des gegnerischen Besitzes: Gai. 4 §. 168. Insbesondre ist der interimistisch anerkannte Besitzer hierin um kein Haar breit besser daran: §. 167 ib..

Bei den Römern provozirte der Meistbietende den Andern — und hinwiederum Dieser Jenen — durch Wette, daß er Gewalt geübt habe entgegen dem prätorischen Befehl. Den gegenseitigen Sponsionen folgten gegenseitige Restipulationen; oder Beides war einseitig, indem jeder seine Sponsion und Restipulation in eine Frage zusammenzog, oder aber im Ganzen nur eine Sponsion und Restipulation stattfand: Rudorff zu Puchta's Inst. §. 169 Anm. k, Schmidt JJ. S. 287 Anm. 7. Dieß war nur das formelle Mittel, um zu einer Jury durchzudringen über die Wettvorfrage, wer interdiktsmäßig besitze: Gai. 4 §. 166: Die Jury verurtheilte den Andern in die Sponsions- und Restipulationssummen,

die er versprochen hatte, und sprach Jenen wegen seiner entsprechenden Verheißungen frei. Ueberdieß, falls der Interimsbesitzer der Unterliegende war, forderte sie ihn zur Erstattung des Besitzes auf; den Ungehorsamen traf Verurtheilung im Cascellianum oder secutorium judicium de reciperanda possessione: l. 3 §. 11 u. p. 43, 17.

Der Ueberbotene konnte sich auch auf fructuaria stip. nicht einlassen. Dadurch erwuchs ihm im Siegesfall neben und mit dem Casc. noch de fructuum licitatione ein s. g. fructuarium jud. — ebenfalls secutorium genannt —, in dessen Beginne der Beklagte bereits die Sicherheit judicatum solvi zu leisten hatte.

H. z. T. bringt die Klage aus Besitzesstörung auf richterliche Anerkennung des klägerischen Besitzes, folgeweise auf Entschädigung und cautio de non amplius turbando. Nur der Entschädigungspunkt relevirt aber immer dann, wenn der Beklagte nicht gemeint war, sich den Besitz beilegen zu wollen, und daher auch nicht selbst Besitz behauptet, sondern einfach das begangene Unrecht läugnet. Vgl. O. H. G. Mannheim bei Seuffert 1 Nr. 60.

Man muß läugnen, daß die exceptio vitiosae poss. dem ret. poss. i. eine rekuperatorische Beimischung gab: v. Vangerow §. 336 Anm. Nr. I 4. Der Prätor sagt ja nicht, ähnlich wie im i. quorum bonorum, „Uti nunc eum fundum possidetis possideretisve si neuter vestrum aut vi ... ab altero possideret ...“, sondern nur „Uti nunc possidetis eum fundum quo de agitur quod nec vi nec ... alter ab altero possidetis, vim fieri veto“. Also ist nur die Gewalt hier nicht verboten gegen Den, der von uns vitiös besitzt; nicht aber ist Widerstand gegen solche Gewalt Verletzung des prätorischen Befehls.

Auch das i. de vi quot. nahm in seiner ursprünglichen Fassung den Entsetzer, von welchem der Entsetzte bisher vitiös besaß, von der Ersatzpflicht aus: Cic. pro Caec. 19. 30 sqq. pro Tullio 44 cf. Gai. 4 §. 154. Die Einrede fehlt aber in l. 1 pr. vi arm. 43, 16. Die „res“ in „quanti ea res erit“ fixirte sich in Wissenschaft und Praxis, statt auf den Sachwerth, auf das Besitzinteresse: l. 6 ib. v. Savigny 5 Beil. 12 Nr. 4 S. 445 f. Noch Servius Sul-

pizius sah in ähnlichem Falle auf den Eigenthumsverkaufswerth: l. 3 §. 11 u. p. 43, 17; die Neuern erklären „non pluris quam quanti res est“ als „quanti actoris interfuit“: l. 68 r. v. 6, 1 Schmidt II. S. 256 f.. Uebrigens ist l. 1 pr. cit. mindestens durch Weglassung der exc. vit. poss. interpolirt: arg. l. 14 ib.: Pomponius: „Sed si vi armata dejectus es, sicut ipsum fundum recipis etiam si vi aut ... possideres ...“.

Das i. utrubi allerdings hatte vor Justinian ein rekuperatorisches Wesen, insofern der aktuelle Nichtbesitzer (interpolirt ist l. un. §. 1 h. t. 43, 31) damit siegen konnte, hatte er nur vorher — mit Einrechnung der Besitzzeiten der Vormänner soweit justae causae die Brücken schlugen: Gai. 4 §. 151 — die größere Hälfte des Jahres (§. 152 das.) besessen. Also auch hier lag der Grund des rekuperatorischen Wesens nicht in der exc. vit. poss..

Vgl. Schmidt II. S. 112 ... 5.

Daß psychologische Gewalt zum i. de vi genüge: dieß scheint nach Vorgang der Prokulejaner justinianeisches Recht geworden zu sein: l. 1 §. 29 h. t. 43, 16:

1) Labeo: eum, qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum. Dieß war insofern zuviel gesagt, als der objektive Thatbestand (l. 3 §. 7 ib.) der Besitzentsetzung noch fehlt bis der Schwarm durch Ergreifung des Besitzes dem Besitze des Geflüchteten ein Ende macht und die Gewalt vollzieht. Fliehe ich aber vor Bewaffneten, welche anderswohin streben: dann fehlt der subjektive Thatbestand: §. 6 ib..

2) Aber der Sabinianer Pomponius erachtete, die Gewalt müsse eine physische sein.

3) Ulpian entscheidet wie wir entschieden haben.

Das i. de vi entspringt aus Dejektion, doch setzt es, wie das quod vi aut clam (l. 15 vi 43, 16), nicht fortdauernden Besitz des Entsetzers voraus: l. 1 §. 42 ib.. Ja, der Entsetzer braucht gar nicht in den Besitz eingetreten gewesen zu sein, wenn er nur soweit war daß ihn Nichts mehr an diesem Eintritte hinderte: §. 28 ib.: Vi possidet qui in hoc ipsum aptatus venit ut contra bonos mores

auxilio, ne prohiberi possit ingrediens in possessionem, faciat. Z. B. im Mittelalter führte A den Plan aus, eine Unterwerfung des Territorialbesitzers B unter seine Hoheit zu erzwingen; B huldigt ihm.

Außer auf die Besitzstätte selbst geht — aber nur im Falle der Grundbesitzentsetzung (a. M. scheint Geiger S. 259) — das Interdikt auf Alles, was der Entsetzte daselbst, wenn gleich nur in Detention: §§. 6. 33 ib., hatte. Hierfür ist der Zeitpunkt der Entsetzung maaßgebend. Denn die That setzt in Verzug (Anwendung auf das Fruchtmaaß: §. 40 ib.): §. 43 ib.; der Verzug beruht auf Rechtsverletzung. Falls also über der Säumniß (Verzug in diesem Sinne) des Entsetzten Sachen zufällig zu Grunde gingen, müssen sie gleichwohl vom Entsetzer ersetzt werden: denn Widerrechtlichkeit ist schlimmer als Säumniß: l. 19 ib.. Auch den Hausbrand muß Jener vergüten: l. 1 cit. §. 35; ferner Alles, was er, wenn gleich ohne Gefährde, zu besitzen aufhörte: §. 36 ib.. Alle jene Sachen müssen zur Zeit der That grade auf der Besitzes- und Entsetzungs-Stätte sich befunden haben: §. 37 ib.. Doch genügt es, sie lagen im Ganzen, wenn gleich die Entsetzung nur aus einem Theile des einheitlich Besessenen glückte: §. 38 ib..

Die Klage kann de in rem verso (l. 16) u. s. w. angestellt werden:

1) gegen den Hausvater des Entsetzers —

2) gegen dessen Mündel. Vgl. hier abermals die strafbare Selbsthülfe: c. 6 §. 1 h. t. 8, 4: Gesetz von Gratian, Valentinian und Theodos: Wenn, meist aus heimlichem Einverständnisse mit dem Gegner, der Pfleger die seinem Mündel geschuldete Sache eigenmächtig ergreift damit das Recht strafweise erlösche: so soll zwar diese Strafe den Mündel nicht treffen, allerdings aber ist der Besitz sofort zurückzugeben; den Pfleger trifft lebenslängliche Deportation, und Vermögenskonfiskation —

3) gegen sonstwie Vertretne, z. B. juristische Personen: sie sollen den Gewinn zurückgeben: l. 4 h. t. 43, 16. —.

4) Aus dem nämlichen Rechtsgrunde verstattet schon das römische Recht, auch aus einfacher Gewalt: l. 3 pr. ib., eine in factum actio (§. 18 ib.) gegen die Erben zum Belaufe der wirklichen,

oder chikanös vermiedenen (l. 2 ib.), Bereicherung: l. 1 §. 48 ib.. Unter mehrern Erben ist diese Last also nicht nach den erbschaftlichen Bruchtheilen, sondern nach den individuellen Bereicherungen vertheilt: l. 9 pr. ib.. Das kanonische Recht geht dagegen hierin bis zum Belaufe der Erbschaftssolvenz. Dieses Klagrecht ist ein dreißigjähriges, da es ohne Strafzusatz bleibt: l. 3 §. 1 ib.. Umgekehrt war das i. de vi armata ehemals (Cic. ad fam. 15, 16) stets perpetuum, wovon das corpus juris Nichts mehr enthält; der Grund kann nur die zivilistische Strafwürdigkeit öffentlicher Gewalt gewesen sein, welche vor der prätorischen Form des einzelnen Rechtsmittels nicht verschwand — ein Umstand, der auch sonst Analogieen hat.

Wie Raub zu Diebstahl, so steht „vi" zu „clam possidere." Daher sagt l. 6 pr. a. p. 41, 2: „Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ..., nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo ad quem ea res pertinet, aut aliqua ratione bonae fidei, possessionem nanciscitur."

Dem „clam" geht es wie der „mala fides": spätrer Eintritt schadet Nichts, spätrer Wegfall nützt Nichts: l. 40 §. 2 ib.. In erstrer Hinsicht möchte jedoch der Geist des kanonischen Rechts zum entgegengesetzten Resultate führen.

Giebt es ein eignes i. de clandestina possessione? L. 7 §. 5 communi dividundo 10, 3: Ulpian berichtet aus Julian: Et si clam dicatur possidere qui provocat, cessare hoc judicium, nam de clandestina poss. competere interdictum inquit. Cic. de l. agr. 3 §§. 10. 11: Haec tribunus plebis promulgare ausus est, ut, quod quisque post Marium et Carbonem consules possidet, id eo jure teneret, quo qui optimo privatum? etiamne si vi ejecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? Ergo hac lege jus civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur. §. 12: ... Sub hoc verbo furtum latet. Sunt enim multi agri .... publicati nec .... assignati neque venditi, qui a paucis impudentissime possidentur. Hos agros Rullus iis condonare vult qui possident. ... Cur ea, quae maiores vobis ... quaesiverunt, venire patiamini, quum vestra con-

donari possessoribus eadem lege videatis (. Es ist offenbar revolutionär, daß der Eigenthümer dem Besitzer, statt umgekehrt, weichen soll.)?

Das i. de eland. poss. wurde aber unpraktisch durch folgende rechtsgeschichtliche Ereignisse:

1) Schon zu Julian's Zeit behaupteten manche Rechtsgelehrte, man verliere den Besitz gar nicht den ein Andrer heimlich besetze. Denn, kehre man heim und werfe Jenen sofort wieder hinaus, so habe man sich den Besitz durch Vertheidigung (Analogie zur Ausübung des Rechts, in continenti zu redestiziren) gerettet. Geistig und körperlich ist Dieß wahr, denn unsrem Willen gemäß waren wir, jederzeit als wir wollten, im Besitze. Werfe man aber Jenen nicht sofort hinaus, so passe das i. de vi, sei es daß die Gewalt uns die Rückkehr sperrte, sei es daß das Hinauswerfen, weil Jener abwehrte und hierdurch vergewaltigte, uns mißlang.

2) Diese Ansicht drang durch: l. 3 §§. 7. 8 l. 6 §. 1 l. 7. 18 §§. 3. 4 l. 25 §. 2 l. 46 a. p. 41, 2 l. 17 vi 43, 16.

3) Justinian (c. 11 ib. 8, 4) schützt Abwesende gegen die Besetzung ihres leer stehenden Grundstücks durch ein dreißigjähriges rekuperatorisches Rechtsmittel.

Das dritte im Bunde war das i. de precario. Diese drei rek. Rechtsmittel entsprachen der Exzeption des i. ret. poss.: „nec vi nec clam nec precario.“ Mittelst i. ret. poss. kann also auch der Bittempfänger Jeden, nur nicht seinen Geber, besiegen: l. 17 prec. 43, 26. Nicht aber hat der Geber gegen jenen Empfänger das i. ret. poss., denn er besitzt nicht; dasselbe Argument schlägt den Entsetzten und heimlich Beraubten insoweit aus dem Felde, da die Lehre vom solidarischen Gesammtbesitze Mehrerer verworfen ist: l. 19 pr. ib..

Der Kodex (8, 9) behandelt das precario und das Salvianum interdictum gemeinschaftlich, da beide auf s. g. abgeleiteten Besitz sich beziehen. Das i. de precario lautete: l. 2 pr. h. t. 43, 26:

Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere — qua de re agitur —: id illi restituas.

1) Quod precario: Gewähr solcher Bitte ist überall Liberalitätsakt: l. 1 §. 1 ib.. Die Bestellung des Prekarium, einer Sitte

des jus gentium, war formlos: l. 9 ib.. Habet summam aequitatem, ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus: l. 15 pr. ib.. Prekarium und Pacht sind, durch nothwendige Unentgeldlichkeit resp. Entgeldlichkeit, unversöhnliche Gegensätze; Beides in einem Athem bestellt hebt einander auf: l. 10 §. 1 a. p. 41, 2, über Beides aus verschiedenen Zeiten entscheidet die Zeitpriorität: §. 2 ib..

2) Ab illo: Der Bittempfänger hat die „prekäre" Ausübung ohne das wirkliche oder vermeintliche Recht des Bittgewährers. Die Nichtausübung des Empfängers kann z. B. das Recht des Gebers erlöschen machen; sie thut Dieß bei Dienstbarkeiten, deren Ausübung bittweise eingeräumt ist: l. 8 §. 5 h. t. 43, 26. Denn, daß auch an Unkörperlichem ein Prekarium stattfinde, lehrt l. 15 §. 2 ib.. Da nun der Sachbesitz nur geistig beim Geber fortdauert: §. 4 ib., Derselbe auch keine Vergütung vom Empfänger erhält: so muß, nach bekannten Grundsätzen, weil der Geber durch sich nicht ausübt, in dieser Hinsicht auf den Empfänger, ob Jener durch Diesen ausübe, gesehen werden.

Zuwachs fällt mit in das Prekarium, obwohl er nicht schon erwartet und miterbeten war zur Zeit der Uebereinkunft: l. 10 ib..

Analog der Unübertragbarkeit von Schuldpflichten, geht das Interdikt nicht gegen den vom Empfänger Erwerbenden: Gordian c. 1 h. t. 8, 9.

3) Habes: Bittweiser Besitz (usus in diesem Sinne) ist widerruflich: l. 1 pr. ib. 43, 26, wenn gleich der Widerruf zufällig durch Einrede unwirksam werden kann: z. B. l. 20 ib.: Ein Käufer, welcher bis zur Abtragung aller Termine Prekarist sein soll, hat Retentionsrecht bis er etwa in Verzug träte. — Ein andrer Liberalitätsakt, nämlich die Schenkung, ist unwiderruflich („ne recipiam"): §. 2 ib.. Nach l. 15 §. 1 ib. sind auch Gastfreunde und unentgeldlich Wohnende (habitatores) verschieden von bittweise Wohnenden; offenbar theils weil Erfüllung einer gegenseitig gleichen Pflicht (Gastfreundschaft) kaum ein Liberalitätsakt, jedenfalls kein Prekarium ist; theils weil ein, wenn gleich als Allmosen eingeräumtes, dingliches Wohnungsrecht (Habitatio) nicht als Gnade ausgeübt wird. — Der eingeräumte usus, das nichteingeräumte Eigenthum,

ſtellen das Prekarium kommodatsähnlich: l. 1 cit. §. 3. Das klaſſiſche Recht entdeckte überdieß im Prekarium einen (unbenannten) Realkontrakt: vergleiche l. 2 §. 3 l. 3 ib.; das Komm. iſt ebenfalls (benannter) Realkontrakt. Aber der Kommodatar iſt *berechtigt* einen beſtimmten Gebrauchszweck mit der Sache zu erfüllen, *danach* erſt erwächſt directa commodati actio. Zufällig kann jedoch auch Prek. auf Zeit befeſtigt ſein, dieſe Zeitbeſtimmung vermag zwar den Geber nicht zu binden: l. 12 pr. ib., und eine Verlängerung iſt kein neues Prek.; war aber das Verhältniß gekündigt oder ſonſtwie gelöſt, dann gilt die hernach dennoch zugeſtandne Verlängerung allerdings vielmehr als neues Prek.: l. 5 ib., und dieſe Auffaſſung iſt eine gebotene falls Tod oder Wahnſinn des Gebers den Löſungsgrund ausmachten: l. 6 pr. ib.. Es iſt von beſondrer Bedeutung für die richtige Erkenntniß des Prek., daß grade dieſer Wahnſinn daſſelbe unheilbar zerſtört. Denn wir erkennen daraus die geiſtige Abhängigkeit des Bittbeſitzes in ſeinem Beſtande. —. Ferner iſt der Kommodatar nur Inhaber; das bloße Innehaben kann zwar auch bittweiſe bewilligt werden: §. 2 ib., gleichwohl gilt im Zweifel der Bittempfänger als juriſtiſcher Beſitzer. Auch der ſ. g. abgeleitete Beſitz, d. h. der Beſitz *ohne* Erſitzungslage, ohne publizianiſches Recht, und ohne Eigenthum über die gelöſte Frucht, dagegen *mit* Schutz der ſ. g. Eigenthumsinterdikte — ii. ret. poss. l. 7 ib. — kann ſelbſt bittweiſe eingeräumt werden; da nun der Bittbeſitz ſchon an ſich ein abgeleiteter iſt, ſo iſt er in jenem Falle ein doppelt abgeleiteter. Detention und abgeleiteter Beſitz als Gegenſtände des Prek. ſind auch da zuläſſig, wo der Vollbeſitz als eben ſolcher Gegenſtand durch „Precarium suae rei esse nequit“ ausgeſchloſſen iſt, denn die dominii exceptio legitimirt eben nur den Vollbeſitz, nicht eine Detention u. ſ. w. des Beklagten. Dieß iſt praktiſch bedeutſam. Hat A dem B die Sache X fauſtverpfändet, ſo würde — ohne jene Unanwendbarkeit der Parömie — eine bittweiſe Einräumung von X ſeitens B an A, „bis zur Tilgung der Schuld“: l. 11 ib., ganz gegen die Meinung der Partheien das Fauſtpfand in eine ſchlichte Hypothek umſetzen: l. 6 §. 4 ib.. Endlich ſcheint man ſogar den Eigenthümer, welcher kein i. ret. poss. hat, als Bittempfänger vom J.-Berechtigten zugelaſſen zu haben: l. 7 ib.. Schließlich haftet ein Bittempfänger

nur für grobes, ein Kommodatar auch für leichtes Verſehen: l. 8 §. 3 ib., weil Dieſer ein feſtes Recht und damit ein rechtliches Intereſſe am Geſchäfte, Jener dagegen eben nur etwas „Prekäres“ hat, d. h. weil der Kommodatar intereſſirter Vertragsſchuldner, der Bittempfänger dagegen lediglich unberechtigter Fürbeſitzer iſt: denn im Innominatkontrakte iſt der Zweck des Gebers alleiniger Inhalt. Natürlich verpflichtet aber der amtliche Befehl, die interdicti editio, zur Rückgabe der Sache den Adreſſaten, kontraktsähnlich wie Kriegsbefeſtigung, zu ſofortigem Gehorſam, ſo daß, um ſo mehr als ſogar bloße Privatmahnung genügt in Verzug zu ſetzen, der Ungehorſam außer andern Folgen auch die Haft für die geringſte Beſchädigung nach ſich zieht: §. 6 ib.. Daß trotzdem das Prekarium an ſich nicht obligirt, daraus ſchließt l. 22 §. 1 ib. ſogar, daß ein Mündel ohne Vormundsvollwort wirkſam erbitte.

4) Restituas: das J. iſt reſtitutoriſch und rec. poss. wie die de vi und de cland. poss.: l. 2 §. 1 ib.. Setzt der im Rechtsſtreit beſiegte Beklagte den Kläger nicht in den vorigen Stand, ſo erfolgt Verurtheilung in das klägeriſche Intereſſe an der Rückgabe der Sache nebſt Frucht u. ſ. w.. Dieſe Rückgabe hätte erfolgen müſſen ſchon zur Zeit der interdicti editio: l. 8 §. 4 ib.. Dieſer Punkt bildet die Grundlage der Intereſſeſchätzung. Ueber das i. de vi geht unſer J. hinaus, inſofern es nicht nur für Immobilien (l. 15 §. 5 ib.) ſondern auch für Mobilien ertheilt wird: l. 4 pr. ib.. Auch iſt nur gegen die Klage aus unſerm J. eine dominii exceptio zuläſſig: §. 3 ib.. Uebrigens kann ſelbſt der gewaltſame Beſetzer, durch constitutum possessorium Bittbeſitzer werden: l. 6 §. 3 ib..

— Ueber den Erben des Bittempfängers (precista) herrſchte Streit. Der Sabinianer Pomponius ließ auf den ſpätren arrogator des Preziſten das Prek. übergehen: l. 16 ib.. Tertium comparationis iſt die Univerſalnachfolge. Die Erwägung, daß mein Bittbeſitz durch mich auch meinen Hausgenoſſen (sui: l. 21 ib.) zuſteht, daß aber alles Erbrecht urſprünglich aus Suität entſprang, war jedem Erben günſtig. Dennoch entſchied Paul. r. s. 5, 6 §. 12, der Erbe, da nicht er erbat, beſitze heimlich. Und Pap. l. 11 div. t. praescr. 44, 3 ſagt: Die Unwiſſenheit des Erben tilgt nicht die Fehler des erblaſſeriſchen Beſitzes. Alſo, obwohl ſie ihn hindert, Preziſt zu ſein, ſomit er dem J. nicht ausgeſetzt

ist: so kann er doch keine Ersitzung beginnen. Vgl. Gai. 2 §. 60: Si cum fiducia contractum est cum creditore ..., ita demum competit ususreceptio, si (non) ... eam rem ... precario rogaverit .... Sonach braucht dem Erben Nichts gekündigt zu werden, da ihm Nichts auf Widerruf verstattet war: Prokulejaner Celsus l. 12 §. 1 h. t. 43, 26. Dagegen Ulpian l. 8 §. 8 ib., Diokletian und Maximian c. 2 ib. 8, 9, erklären den J.'sanspruch für passiv vererblich. Also hört mit dem Tode des Prezisten die possessio auch ohne Kündigung auf, eine justa zu sein: sie wird zur vitiosa: Burchardi §. 153 a. E..

Das Prek. dauert nach l. 8 §. 1 ib. 43, 26 gegen die Erben des Gebers fort, gelöst dagegen wird es durch des Gebers Tod nach l. 6 pr. ib.. Die Vereinigung liegt in Folgendem: Verlängern die Erben das auf Zeit befestigte Prek., so ist es neu. Verweigern sie den Fortbestand jedes Prekarii und fordern die Sache zurück: so erheben sie das J.. Denn, obwohl nicht sie, gebeten, bewilligt hatten, also keine precario dantes waren: so ist doch das J.'srecht auf sie vererbt. Nicht der Besitz, wohl die aus dem Besitze auch ohne körperliche Fortsetzung desselben entstammten Rechtsmittel vererben sich. —. Veräußert der Geber die Sache, so verliert er das J.'srecht; der Erwerber bekommt dasselbe, falls er den Besitz einige Zeit dem Prezisten ließ oder sonstwie zeigte daß auch er bittweise gewähre: l. 8 §. 2 ib..

Das J.'srecht setzt also mindestens bittweises Haben voraus. Wie Besitz überhaupt, so ist Bittbesitz auch durch freie Vertreter zu erwerben: l. 6 §. 1 ib.. Dadurch wird er selbst brevi manu bestellbar: l. 18 ib., denn eigentlich ist bei b. m. traditio der Empfänger zugleich Vertreter des Gebers. So kann durch betr. Vertrag auch der Vollbesitzer Bittbesitzer werden: l. 22 pr. ib.. —. Um so mehr: ward meinem bittenden Hausgenossen bewilligt, so erwarb ich durch ihn: l. 4 §. 2 ib., während die entsprechende Last mich nur unter den bekannten Voraussetzungen (de peculio ...) traf: l. 13 ib..

Lautete also die Bitte auf Zeit, das bittweise Haben ist stillschweigender Verlängerung fähig; stillschweigend, d. i.: tacito consensu, denn an sich wirkt der Termin wie Widerruf des unbetagten Prekarii: vgl. l. 4 §. 4 l. 5. 12 pr. ib., d. h. er wandelt die justa

zur vitiosa poss.. —. Z. B. Paul. r. s. 5, 6 §. 11: Precario possidere videtur non tantum qui ... postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet.

Jedes Rückgabeverſprechen ſetzt das, übrigens 30jährige: l. 8 §. 7 ib., Interdikt außer Thätigkeit: l. 15 §. 3 ib.. Urſprünglich nämlich erſetzt das J. die mangelnde Geſchäftsklage: l. 14 ib, da Prekarium eigentlich kein Rechtsgeſchäft iſt. Aber Julian — l. 19 §. 2 ib. — wendet elektiv die Theorie der unbenannten Kontrakte an. Die Kontrahenten ſind die Partheien. L. 8 pr. ib.: A bittet den B um die Sache des C. B holt des C' Erlaubniß ein. Dieſer ſagt Ja:

1) entweder für A: dann bleibt B, der nur den C in Annahme vertritt, geſchäftlich aus dem Spiele: arg. a. pot. aus l. 19 §. 1 ib.. —

2) oder für B: ſo bleibt gegenüber C A aus dem Spiele. Das Verhältniß zwiſchen B und C läßt ſich auffaſſen:

a) als Mandat,

b) als Realkontrakt (credere; in factum praescriptis verbis actio, eine incerti condictio). B iſt Prezïſt von C als Garant für ſeinen Preziſten A („me intercedente").

Julian bildet das Schema: Do tibi possessionem, ut reddas mihi quandocunque voluerim.

Von einer beſondern condictio ob rem datorum hindert hier die Identität beider Leiſtungen zu reden. —. Beſtätigt iſt J.'s Idee von Ulpian l. 2 §. 2 ib.. Und Paulus 5, 6 §. 10 billigt Dieß, weil der Wohlthäter nicht Rechtskränkung leiden dürfe; um ſo mehr, als P. das Interdikt noch nicht gegen die Erben giebt, hier alſo die Klage einzig erübrigt. Die Eigenthumsklage wäre zu ſchwierig geweſen. Man ſoll nur das qualifizirte Geben beweiſen müſſen.

Ob nun wirklich die ſ. g. poſſeſſoriſchen JJ. in ſavigny'ſchem Sinne, d. ſ. die ii. ret. und rec. poss., urſprünglich zum Schutze des Privatbeſitzes an Gemeindeland eingeführt ſeien: dagegen möchte ich nicht mit v. Vangerow §. 336 Anm. Nr. I 1 allegiren, daß jene Beſitzer ja keinen Eigenthumswillen haben konnten. Der alte Quirite fühlte ſich als Glied des Volkes. Ob ferner Savigny m. R. die actiones ex ii. als aa. ex maleficiis kennzeichne,

diese Frage wird nicht durch die unerwiesene Vangerow'sche (Nr. 2) Behauptung ihrer Lösung genähert, daß „vim fieri veto“ nicht auf wirklich drohende Gewalt hindeute, sondern nur eine Formel für die Anerkennung des Besitzes enthalte. Sollte diese Formel gradesowohl anders haben lauten können? Auch wir finden die Feststellung der Eigenthumsklagpartheirollen durch die ii. ret. poss. angebahnt, aber die imaginäre vis muß aus dem Urfall ächter Gewalt entsprungen sein. — Im Grunde nun ist Beides nicht so unverträglich mit einander;

1) in der a. ex i. ret. poss. ist der Besitz beiderseits bestritten —

2) dieselbe a. ist a. ex maleficio.

Denn, wenn gleich Besitzesanmaaßung beiderseitige Passivlegitimation ist, also z. B. wenn in der Nacht Spektakulanten (— hier fehlt auch der Schaden. Vgl. Schmidt JJ. S. 51 Anm. 32. Doch ward ehemals spondirt.) eindringen, schreien, an die Thüre klopfen, das Klagrecht nicht erwächst — eben weil sie den Besitz nicht bestreiten (vgl. auch l. 13 §. 7 inj. 47, 10. Im klass. R. stand dem J. Nichts entgegen: Schmidt S. 152) —: so ist das Unrecht, falls ich wirklich fremden Besitz störend anfechte, doch wahrlich nicht kleiner. Dennoch ist die savigny'sche Auffassung insofern zu eng, als ich doch auch ohne culpa, selbst wenn ich aus entschuldbarem Irrthum mich für den Besitzer hielt, den Prozeß verlieren muß, zumal die Klage nicht straft sondern nur diesen vorliegenden Besitz, keine Entschädigung falls ein Dritter besäße ꝛc., umfaßt. Hierin geht das i. rec. poss. weiter, aber besonders das de vi ist auch zweifellos Rechtsmittel ex maleficio: Vangerow I 4 d β.

Besitzprozesse sind h. z. T. summarisch. [1]) Wegen des bestimmten Objekts könnte man sie den bestimmt summarischen Prozessen beizählen, doch fehlt die bezeichnende Eigenthümlichkeit des Verfahrens. Da die wesentlichen Prozeßtheile in der gewöhnlichen

1) Briegleb S. 12 f.: Der summ. Prozeß ist römischen Ursprungs, karakterisirt durch materielle Unvollständigkeit der causae cognitio mittelst Ausschließung aller den unverzüglichen Erfolg hindernder ordentlicher Vertheidigungsmittel, und durch provisorische Wirkung der Entscheidung. Das schleunige Verfahren fließt aus dem kanonischen Rechte, paßt auch auf ordi-

Ordnung ſich darin finden, ſo zählt der Beſitzprozeß zu den regulär ſummariſchen Prozeſſen: v. Bayer Theor. d. ſumm. Pr. 7. Aufl. (1859) §. 5.

Die Eintheilung der Prozeſſe in poſſeſſoriſche und petitoriſche iſt eine objektive, keine prozeſſualiſche.

Im Mandatsprozeſſe wird der Beklagte verurtheilt bevor er gehört iſt. Unbedingt — sine clausula (justificatoria) iſt das M., falls es nicht dem Beklagten eine Einredenfriſt vorbehält.

Mag Schweppe R. G. 3. Aufl. §. 579 Anm. 1 beſtreiten, daß im röm. J. ebenfalls kein vorheriges Gehör geſtattet war: die Uebereinſtimmung mit dem Mandatsprozeſſe bleibt: Praetor principaliter (d. i. in principio litis) auctoritatem suam interponit; und zwar ſchließt der Prätor den Streit. Aehnlich gleicht die mulctae dictio dem m. de non offendendo.

Wenn alſo bei Juſtinian kein Richtermagiſtrat mehr interdizirt: im Germanenthum lebten die JJ. unter andern Namen fort. [1]) Unter dem Jahre 1160 ſchreibt Papſt Alexander III dem Erzbiſchof von Canterbury: cap. 7 X rest. spol. 2, 13: Der Geiſtliche A verklagt Dich, Du habeſt den in Berufsgeſchäften Abweſenden, ſeiner Kirche ohne Recht und Urtheil beraubt. Mandamus, quatenus, si est ita, restituas et in pace possidere permittas. Haſt Du ein Recht auf die Kirche, ſo klage hernach. — Man leſe ferner die Kammergerichtsordnung (1555) Th. 2 Tit. 23: Nachdem auch in den kaiſerlichen Rechten (l. 9 §. 1 off. proc. 1, 16 c. 1 exsec. r. jud. 7, 53) vorgeſehen, daß nicht an der Exeku-

---

nariae causae, theilt jene Funktionen nicht, ſondern bedeutet Abkürzung der Dauer, gedrängte und vereinfachte Form des Prozeſſes. —. Beides trifft bei Beſitzprozeſſen überein. Vgl. die in den piſaner Statuten (Briegleb S. 30) gebrauchten Ausdrücke zu Bezeichnung des in ſolchen Streitigkeiten einzuſchlagenden Verfahrens. Wie es mit der Schnelligkeit des summarium in der gemeinen Praxis ausſah (lucus a non lucendo!): das lehrt Briegleb, beſonders S. 121 ... 6. B. billigt wirkliche Beſchleunigung, rechnet die poſſ. Rechtsmittel zu den derſelben würdigen, übrigens nicht zu erſchöpfenden, Fällen, und überläßt es (S. 143 ... 6) dem Ermeſſen des Richters, ob und wie ſtark in concreto beſchleunigt werden ſoll, ein immerhin gefährliches Vertrauensvotum! Ueber summarium und ordinarium ſ. Briegleb S. 511 f..

1) Dieß iſt der tiefſte Grund der richtigen Praxis, daß die Erforderniſſe einer Beſitzesklage nach dem für das angegangene Gericht geltenden Prozeßrechte zu beurtheilen ſind: O.A.G. Jena in Seuffert's Arch. 4 Nr. 143.

tion und Mandaten angefangen werden soll: setzen Wir, daß die Mandata und Gebote nicht anders denn mit Einverleibung clausulae justificatoriae erkannt werden sollen, außer

1) falls die Handlung, darüber die Mandata erbeten, an sich selbst verboten,

2) oder nicht wieder gut zu machen,

3) oder wider den gemeinen Nutzen wäre,

4) oder keinen Verzug leiden möchte.

Einreden kommen dann erst nach der Exekution zur Sprache. Außer den vier Fällen behält die K. G. O. noch sonst andre vor, in denen vermöge der Rechte (auch des röm.) a praecepto ohne vorhergehendes Erkenntniß (d. i. Prüfung) angefangen werden mag. Zahlt der Ungehorsame die Eventualstrafe, so rettet er seine Einreden. Die vier Fälle sind Gründe, welche auf alle Arten von Streitigkeiten Anwendung finden können, und müssen, falls die den Antrag begründende Geschichtserzählung den gemeinen beschriebenen Rechten gemäß die Schlüssigkeit vermittelt: Reichsabschied (1594) §. 79. Der unbedingte Mandatsprozeß umgeht die Austräge.

Ein unbedingtes richterliches Verbot einer nie rechtmäßigen Handlung verletzt den Adressaten niemals. Jede Klage ist mindestens zu bescheinigen. Der Adressat kann sich jedoch über die Zumuthung entrüsten, daß er überhaupt fähig sei, Unrecht zu thun.

Hierher gehört jede Gewalt in Störung und Entziehung fremden Besitzes.

Aber auch abgesehen von der konkreten Anwendbarkeit irgend einer irregulär summarischen Prozeßart eignen sich Besitzprozesse, mit Einschluß der aa. ex ii. adipisc. poss., also ohne Unterschied des Zweckes, zu regulär summarischer Verhandlung.

Konstantin der Große verfügte im Jahre 326 in einer an den Präfekten der Hauptstadt gerichteten Verordnung — c. 1 si per vim v. al. modo absentis perturbata sit poss. 8, 5 —, der Richter habe in Fällen der Titelrubrik von Amtswegen sich für die Klage zu interessiren, sogar Detentoren-Sklaven zu Vertretung der Klage zuzulassen, dabei abzusehen von jedweder Prozeßvollmacht sowie von den Legalfristen für Wiedererlangung des Besitzes, ut eos momentariae possessioni sine ulla cunctatione restituant: ganz wie wenn der Zivilbesitzer, heimgekehrt, selbst prozessirte.

Dieſem jedoch reſervirt der Kaiſer das remedium rec. poss., denn ſein Vertreter konnte ja ſaumſelig oder gar treulos ſein (. Nichts zwiſchen Anweſenden prozeſſualiſch Vollbrachtes präjudizirt dem Abweſenden: Geſetz von Arc. et Hon. c. 2 ib.). Gegen Friſtablauf (Verjährung) wird reſtituirt.

Eben ſo ſchreiben Hon. et Theod. c. 6 Th. u. v. 4, 22 (= c. 3 Just. qui leg. pers. in jud. hab. v. non 3, 6) ann. 414 dem Statthalter für Afrika: Momenti (Momentaneae possessionis) actio exerceri potest per quamcunque personam. Sub colore autem adipiscendae poss. obrept(ici)a petitio alteri obesse non debet, maxime quum absque conventione personae legitimae initiatum jurgium videatur. Nihil autem opituletur (opitulatur) conventio circa minorem habita, quum id rectius circa curatorem debuerit custodiri.

Eine andere Eigenthümlichkeit der Klage enthält tit. Th. 11, 37 (= Just. 7, 69). si de momento (momentaria poss.) fuerit appellatum: C. uh. ann. 386: V. Th. Arc. P. P.: Quum de possessione et (et eius) momento causa dicitur (dicatur), etsi appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortiatur effectum [, atque ita demum ad nostram scientiam referatur]. Ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur.

Für Schnelligkeit dieſes Verfahrens redet auch c. 8 Th. d jurisd. et ubi quis conveniri deb. 2, 1: Reſkript von Arc. et Hon.: Causas plurimi instituentes de fugaci servo, aut (de) ... furto ..., direptae (C. uh. Just. abigeis 9, 37: Abacti animalis accusatio ... etiam sine [inscriptione] ... proponitur) etiam ... rei ..., vel vi bon. raptorum, parvulae etiam terrae, finium et parvulae casae, sub specie criminis tuum pulsant judicium. (C. 8 Just. u. v. 8, 4:) [§. 1:] Momentariae [etiam] poss. interdictum, quod non semper ad vim ... pertinet ..., [ut] mox (nicht nur: vor andern Klagen) audiri, interdum etiam sine inscriptione (alſo wirklich in ſich abgekürztes Verfahren), mereatur; (meretur.) [abacti etiam animalis causa proponitur. §. 2: Quum igitur de his rebus ... minimis tuae sit injuria potestatis judicare, decretum est, eas tantum causas criminales a sinceritate tua audiri, quas ... horror inscriptio-

nis impleverit] (C. 16 Just. accus. 9, 2: In causis crim. dignum est, ut inscriptiones praeponantur), quae magnitudinem videlicet criminis tempusque designat (designent), ut alterutram partem digna legum terrere (tenere) possit austeritas (auctoritas). [§. 3:] Quod statutum si fuerit forte contemptum, hi, qui ex officio ingrediuntur secretarium, 5 librarum auri condemnatione feriantur (ferientur). 395.

Ferner die bei Juſtinian als Ueberfluß weggebliebene c. 4 Th. u. v. 4, 22: Arc. Hon. consulari Liguriae ann. 396: Legis iteranda sunt beneficia, quae tantum absentibus detulerunt, ut (aus Beſitzesſtörung oder -Entreißung) ad repetendum momentum redintegrationemque fortunae servis etiam praebeatur facultas, amicis praeterea, parentibus, proximis, vel libertis. Judicem quoque eorum commoda tueri oportet, atque in his, quae comprobantur ablata, celeri redhibitione consulere, nec judicium dilatione suspendi. Sub quocumque igitur nomine v. titulo possidenti repetendi copia praebeatur, qui utendae rei habuit facultatem, ut, quae ... absentibus erepta esse constiterit, sub cuiuslibet personae repetitione reddantur.

Endlich die bei Juſtinian wegen Aufhebung der Denunziationen fehlende c. 5 Th. denunc. 2, 4: Val. Theod. Arc. ad consular. Tusciae ann. 389: ... Procurandum est, ne pervasionibus improborum protelandae cognitionis praebeatur occasio. Idcirco, si quis possessione dejectus auxilium (nostrum) poscat ..., decernimus, ne juris suffragium, quod in celeri reformatione consistit, beneficiorum imp. decreta suspendant. Vgl. v. Bayer §. 64 Anm. 4 S. 165.

Innozenz III. reſkribirt in cap. 5 X c. poss. et propr. 2, 12 v. J. 1204 mit Bezug auf eine neue Streitfrage oder angebliche Rechtsausnahme: Der Spoliirte erhob die Eigenthumsklage. Mitten im Beweisverfahren erhebt er die Beſitzesklage. Dieß geſtattet ſchon das Röm. Recht. Waren aber die Akten ſchon ſpruchreif, ſo iſt die Beſitzklage nur dann zuzulaſſen, wenn weder Chikane noch übermäßige Einſchachtelung von Prozeſſen zu fürchten ſteht, überdieß aber der Richter Gutes von der Verſtattung des Poſſeſſorium abſieht, z. B. es liegt heller Verdacht der Widerrechtlichkeit

des Beklagten vor, welcher Letztre vielleicht gar — wenn gleich hierin ohne Bosheit — die Eigenthumsbeweismittel des Klägers zerstört oder Diesem aus den Händen gewunden hat, und dgl..

Dagegen auf i. ret. poss. geht das Reskript von Diocl. Max. c. 3 ii. 8, 1: Von jeher mußte der Besitzesstreit vorentschieden werden, falls zugleich Eigenthumsklage erhoben war. 293 ... 304. Dem Besitzesstreit voran geht die Vorweisung behufs Rekognition der Sache. In der extraord. cognitio entscheidet der nämliche Richter über Besitz und Eigenthum: dies. Kaiser c. 13 r. v. 3, 32. Dieß Alles gilt (cap. 1 X c. poss. et propr. 2, 12) ebenso im rekuperatorischen Rechtsstreit. Septimius Severus billigte die Appellation, weil der Unterrichter nicht in erster Linie die Gewalt, in Besitzesentziehung verübt, wieder austrieb, und so den Besitz wieder ordnete: c. 1 app. 7, 62. Also ruht so lange das Petitorium: J. H. Böhmer j. eccl. prot. 1, 2 Tit. 12 §. 3 S. 1104 (5. Aufl.). Eine Kumulation in der Prozeßführung findet hier so wenig statt, wie wenn Jemand mehrere Klagen alternativ kumulirt, so daß erst die Einlassung zeigen soll, welche von allen tenent sei. Auch kann der Eigenthumskläger — aus gerechtem Grunde — die Eigenthumsklage fallen lassen, und zum Possessorium, selbst ret. poss., greifen: Dieß zeigt nur, daß, wer Eigenthum einklagt, auf Besitz nicht verzichtet, keineswegs aber bestehn dort Petitorium und Possessorium gleichzeitig. Zu weit jedoch geht Böhmer S. 1105 §. 4: „Contradictoria ratio juris simul cumulare haud permittit.“ Ich kann die Eigenthumsklage gegen den, ja gegen meinen eignen, Inhaber anstellen.

Doch, wer seinen eignen Besitz positiv behauptet und beweisen will, kann weder vindiziren noch die a. rec. poss. gebrauchen: Innozenz III. (1200) cap. 15 X jud. 2, 1.

Böhmer §. 5 konstatirt gleichwohl die Praxis, daß die Kumulation des Petitorium und Possessorium zulässig sei. Nur die a. ret. possess. sei lediglich alternativ mit der Eigenthumsklage zu verbinden, denn nicht immer weiß man, ob man wirklich besitzt.

Doch, meint Böhmer S. 1106 §. 6, nicht immer kann kumulirt werden. Z. B. über Kirchengüter ist der weltliche Richter zwar im Possessorium, nicht aber auch im Petitorium kompe-

tent, der geistliche in Beidem. Vor dem Tribunal des Erstgenannten kann also nicht kumulirt werden.

Ist auch das Summarium (Summariissimum) dem Petitorium anzufügen? Nur das Ordinarium dient dem Petitorium unmittelbar. Aber ebenso dient das Summarium dem Ordinarium. Freilich kann das Petitorium unmittelbar dem Summarium nachfolgen. Die ganze Frage ist auf a. ret. poss. zu beschränken, da nur hier Beides „Summarium und Ordinarium" vorkommt. Böhmer §. 6.

Ist das Possessorium erhoben, so gebührt der Interimsbesitz dem jüngsten Besitzer. Die Entscheidung, wer der jüngste sei, erledigt das Summarium. Nun sind die Partheirollen für das Ordinarium bestimmt; im Ordinarium selbst wird der Besitz entschieden. Hier siegt der „ältre und qualifizirte Besitzer": B. §. 7 S. 1107. Auch das Ordinarium ist im Verhältniß zum Petitorium immerhin noch summarisch, römischem Interdikt entsprungen. —. Der jüngste Besitzer kann nämlich vitiös vom Gegner besitzen.

B. S. 1108 §. 9 beklagt es, daß die Praxis aus dem Summariissimum einen besondern Prozeß gemacht hat. Er selbst habe — gelegentlich seiner Thätigkeit im Spruchkollegium — Akten mehrmals eingesehen, wonach das Summariissimum über 40 Jahre gedauert.

Sind Besitz und Eigenthum im nämlichen Prozesse bestritten, so muß Beides im nämlichen Endurtheile erledigt werden. Aber obwohl in der Pronunziation der Besitz vorauszuschicken ist, in der Vollstreckung muß das Eigenthum vorwiegen: Innozenz III. cap. 6 X c. poss. et propr. 2, 12.

Ein Bisthum war erledigt. Das Kapitel (Erzbischof und Kanonizi) wählte einen neuen Bischof und bat den Pabst um die Bestätigung. Die Geistlichen der Konventualkirchen jener Stadt protestirten: sie hätten von jeher mitgewählt, diesmal habe man sie ausgeschlossen. Durch Zeugenbeweis halten die Kanonizi dafür, ihr ausschließliches Wahlrecht genügend bewiesen zu haben. Die Kleriker dagegen glaubten, ihr Betheiligungsrecht voller bewiesen zu haben, da sie für die letzten 3 Wahlen mitgestimmt hätten. Innozenz in cap. 3 ib. (1206) hält dafür: Da die Zeugen der Kanonizi einander widersprochen und geschwankt, um so mehr als

ſie ſich anſtrengten die Negative zu beweiſen, daß nämlich den Klerikern keine Mitwirkung zuſtehe; da dagegen die Zeugen der Kleriker i. d. Th. jenen Beweis geführt: clericos in eam quasi-poss., quam ante controversiam motam habuerant, reducimus. Doch Dieß hilft ihnen Nichts, ſondern, da ſie als Kläger Wahlrecht behauptet, jene 3 Mitwirkungen nicht zu Erſitzung genügen, nach kanoniſchem Recht nur die Geiſtlichkeit der Kathedralkirche den Biſchof wählt: ſo wird der Beklagte freigeſprochen und dem Kläger ewiges Stillſchweigen auferlegt.

Der Richter kann, um den Partheien Koſten zu erſparen, im Beweisverfahren des kumulirten Prozeſſes beide Fragen miſchen zur Produktion, trennen zur Atteſtation — unter Voranſtellung des Beſitzes. So mag er dann auch über den Beſitz beſonders entſcheiden: Cöleſtin III. (1195) cap. 2 X ib.

Die Entſcheidung des cap. 3 supra cit. iſt wichtig inſofern als die ſtattgehabte Wahl ungültig erklärt wird und trotz des Rechtsſieges der Wähler ungültig bleiben muß. Und ſonſt hat doppeltes Urtheil für die Frucht Bedeutung: Böhmer §. 11 S. 1110.

In cap. 1 X seq. poss. et fruct. 2, 17 ſchreibt Innozenz (1206) dem Erzbiſchof von Mailand:

Ein Abt hatte dem Pabſte Folgendes vorgeſtellt: Der vorige Erzbiſchof hatte in einem Streite mit dem Kloſter durchgeſetzt, daß man brieflich die Entſcheidung des Biſchofs von Verona einhole. Dieſer entſchied in poss. z. Th. für das Kloſter, z. Th. für den Erzbiſchof. Als nun das Kloſter auch in der Rechtsfrage Entſcheid wünſchte, opponirte der Gegner, ſo weit reiche die Beſtallung des Schiedsrichters hier nicht. Und weil Dieſer ſchon über den Beſitz entſchieden, ſo vermochte er, da er einmal ſeine Pflicht erfüllt, nicht nachträglich über die Eigenthumsfrage zu entſcheiden. Das Kloſter machte geltend, der ganze relative Streit ohne Unterſcheidung und Beſchränkung war dem Biſchof zu erledigen gegeben. Wirklich erkannte Dieſer den Erzbiſchof als ungehorſam, und wies das Kloſter in den dem Erbiſchof zuerkannten Beſitz. Dieſer wehrte ſich gewaltſam gegen den Einzug. Cöleſtin III. verfügte Sequeſtration, und ſetzte Richter „über Beſitz und Eigenthum", die den Beſitz erſt dem Eigenthumsſieger überweiſen ſollten. Innozenz beſtätigt Dieß, außer der Sequeſtration (dieſer ſtrengſten Form der

summarischen Besitzesklage: Briegleb S. 341); nur legt er dem Erzbischof auf, das Kloster für die Gewaltthat zu entschädigen, und standi judicio zu kaviren.

Innozenz III. schreibt 1210 dem pariser Bischof, Dekan und Kanzler: cap. 21 X sent. 2, 27: Streit wegen Unterwürfigkeit war ausgebrochen zwischen einem Bischof und Kloster. Das päbstliche Gericht befiehlt Restitution aus Besitzeszugeständniß. Das Kloster aber behauptet und hat einen päbstlichen Freiheitsbrief. Daher soll der Bischof binnen bestimmter Frist gegen dieß Privileg Taugliches vorbringen und beweisen, um nicht im Rechtsstreit zu unterliegen.

Innozenz IV. — cap. 3 de rescr. in 6to 1, 3 — befiehlt, in Erweiterung eines Statuts Gregors IX., falls Jemand gegen Ein und Denselben mehrere Schuldklagen erheben wolle, solle er sie nach Kräften vor den nämlichen Richter bringen, wenn er nicht die Mehrung der Prozeßkosten selbst tragen wolle; das Gleiche gelte von Widerklagen. Häufung dinglicher Klagen auf verschiedene Objekte wird schwerer möglich sein, da sämmtliche Objekte in demselben Gerichtssprengel belegen sein müßten, falls der Kläger das forum rei sitae ergreift.

Innozenz III. äußert i. J. 1206 nach Umbrien (cap. 2 X ord. cognit. 2, 10): Ein Abt hatte Edle verklagt wegen gewaltthätiger Plünderung seines Gebiets. Ohne sich einzulassen, wendeten Diese die exceptio spolii ein und beriefen sich auf bestimmte Zeugen. Et, quod restitutio ante causae ingressum deberet fieri spoliatis, utriusque juris auctoribus ostendere conabantur. Der Kläger replizirt: Erst mußt Du Dich einlassen; ferner bin ich kein Spoliator, zumal der Gegenstand des angeblichen Spolii, ein Grundstück, meinem Kloster gehört. Und Letztres läugneten die Edlen nicht. Der Eigenthümer an welchen seine von einem Andern besessene Sache zurückkehrt — selbst erst nach längeren Fristen —: mußte den Vortheil der Retention behaupten, restituiren aber muß der Spoliator. Beschädigungen waren gegenseitig behauptet; der Abt will die Einrede erst gelten lassen nachdem ihm selbst genug geschehen sei, zumal da der beiderseitige Gegenstand der Spolia kein identischer sei. Die Duplik gab Dieß zu für gegenseitige Eigenthumsklagen: wenn die vicissim behandelten

Sachen durch ein Endurtheil erledigt werden. Im gesetzten Falle aber sei eine Besitzesrückgabe an den Kläger nicht mehr möglich, da dieser bereits besitze; er erhebe eine Schuldklage auf Ersatz angeblich erlittenen Schadens; dagegen sei spolii exc. ein vorzuentscheidender Inzidenzpunkt. Der Pabst unterscheidet actionem und exceptionem spolii. Dort laufen die gegenseitigen Eigenthumsbehauptungen einander parallel, sind aber in Einem zu verhandeln und zu entscheiden. Exc. spolii geht vor und ihr Beweis suspendirt die Einlassungspflicht retentionsmäßig. §. 1: Nicht jedoch erzwingt die exc. die Restitution direkt und zuverlässig.

Nichts Besondres enthält Joannes u. d. J. 521 (?? Böhmer 2, 13 §. 7 S. 1128) can. 3 C. 3 qu. 1 rest. dand. exspol.: Redintegranda sunt omnia exspoliatis, vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda: quacunque condicione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia maiorum, aut per quascunque injustas causas, res ecclesiae, vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum. ... „Quaecunque condicio temporis“: Also wäre die spolii actio perpetua, während das i. de vi ein Jahr lang zustand? Nein! Die Zeitbeziehung gehört zum nachfolgenden „perdidisse“. „Condicio“ ist Aufruhr oder Ordnung, Krieg oder Frieden, u. s. w.. Einfache Unverjährbarkeit wäre mit „quocunque tempore“ ausreichend bezeichnet. Es fehlt die Allegation der 30 Jahre. Anders die gemeine Meinung. Sie ist wahr für formale Restitution, von welcher allein der Kanon spricht; nicht für Interessenersatz. So auch das R. R.. Nicht darf man sagen, der Kanon rede nur von exc. spolii (Geiger S. 284). Die Unverjährbarkeit der Exzeptionen ist nur zuzugeben, falls man nicht auch klagen könnte.

Dieser Kanon entstammt dem unächten Isidor. Räthselhafter Weise, jedenfalls aber erst nach Innozenz III., leitete die Praxis daraus die Zuständigkeit der Spolienklage gegen jeden dritten Besitzer — also so allgemein wie die Zuständigkeit der Eigenthumsklage — her. Rechtsfakultäten, zugestehend daß der Kanon hiervon Nichts weiß, gutachteten dennoch im Sinne dieser „Usualauslegung“. Der Richter soll freilich nicht unbillig sein, doch ent-

gegen dem Gesetze ist die Billigkeit nicht positives Recht: Böhmer 1, 32 §. 8 S. 796.

Das remedium rec. poss., in Folge des kan. Rechts s. g. remedium oder actio spolii, streifte das Erforderniß begangener Gewalt schon ab in Konstantin's c. 5 u. v. 8, 4: „Den Eindringling trifft die Strafe, falls er gewaltsam handelte. Handelte er irrthümlich, oder ließ der Besitzer das Grundstück achtlos liegen: dann hat er, straffrei, lediglich den Besitz zu restituiren.“ „Vis“ ist in dieser Materie die Unfreiwilligkeit des Besitzverlustes mittelst Entsetzung. Wie weit Dieß gehen solle, hat Justinian in c. 11 ib. gezeigt: „Hat Jemand leeren Besitz eines Abwesenden, ohne richterliche Ermächtigung eingenommen, so stand nur Eigenthumsklage zu, da „„Gewalt““ fehlte. Wir jedoch behandeln ihn als Prädo, und unterwerfen ihn dem bekannten Remedium pro restituenda poss.. Die Eigenthumseinrede ist nicht zuzulassen, denn auch der Eigenthümer darf sich nicht auf solche Weise selbsthelfen. Wir verweisen auf den ähnlichen Satz: „„Wer eine fremde Mobilie entgegen dem Willen des Herrn (tacita voluntas genügt) sich aneignet, ist Dieb.““ Diese zivile Unterlage erhebt auch unser Remedium zu einem 30jährigen, insofern damit nur der Besitz zurückerlangt werden soll.“

Daß bis zu dieser Neuerung in solchem Falle nur das Petitorium zustand: dagegen s. l. 1 §. 24 ib. 43, 16: „Man kann gewaltsam besitzesentsetzt werden, wenn man gleich nur im Geiste (z. B. §. 25 ib.), nicht zugleich räumlich, besaß. So hat das Interdikt, wer, ohne Hinterlassung eines Hüters ausgegangen, bald zurückkehrend am Wiedereintritt gehindert wird, sei es auch nur, daß mitten auf dem Wege der Andre ihn stehen heißt und selbst das Gut besetzt.“ L. 3 §. 13 ib.: „Der Nutznießer bedarf des Interdikts, falls er am Genießen verhindert wird.“ §. 14 ib.: „Dazu genügt, daß man den Wiedereintritt des ohne Verzicht Ausgegangenen hinderte. Hemmt man dagegen den Versuch der ersten Eröffnung des Genießens, so hatte Jener noch nicht besessen, ist also nicht dejizirt. Es erübrigt das Petitorium.“ Also sorgt Justinian nur für die qualifizirten Abwesenheitsfälle der l. 37 §. 1 u. 41, 3: „Man kann ohne Gewalt fremden Besitz erlangen welcher leer steht sei es aus Achtlosigkeit sei es aus

Mangel an antretenden Erben sei es aus longum tempus (Diocl. et Max. c. 4 a. p. 7, 32: Hast Du den verlassenen [unbesäeten: desertam] Besitz ohne Verzicht transacto tempore nicht bebaut, weil Du in ächter Furcht warst, so hast Du den Besitz nicht verloren): (l. 38 ib.:) mag man gleich begreifen, daß man Fremdes besetze. Auch stiehlt man dadurch nicht, da jetzt feststeht daß Immobilien nicht zu stehlen sind." Geiger S. 242 ... 4. Besetzung auch in einfacher Abwesenheit des Besitzers — z. B. er ging auf den Markt: l. 6 §. 1 a. p. 41, 2 — ist an sich auch nicht gewaltsam sondern heimlich, also behält der Abwesende den Besitz (so entschieden die Sabinianer: l. 25 §. 2 ib.). Die Gewalt jedoch erfolgt in Prohibition des Heimkehrenden (l. 7 ib.), sollte er auch nur furchtvoll vom Wiedereintritt abstehn (vis maior: überlegne Gewalt).

Das i. unde clam geht, falls es je hier galt (wovon Justinian Nichts weiß), in c. 11 cit. für Immobilien im i. unde vi unter. Für Mobilien allein kann es wohl nicht bestanden haben: daher es unpraktisch ist, obwohl Zufall und Gedankenlosigkeit eine Erwähnung in der Pandektenkompilation stehen ließen. Für Mobilien paßt aber auch kein selbständiges i. de vi: z. B. nicht für Schiffe, denn das Meer ist kein Grundstück, das Schiff also nicht hausähnlich, eher wagenähnlich durch den Zweck der Ortsveränderung: l. 1 §. 7 h. t. 43, 16. Ein hölzernes Haus dagegen ist unbeweglich wie ein steinernes: §. 8 ib.. Die Strafen der Eigenmacht (Valentinian c. 7 h. t. 8, 4) passen auch auf Mobilien: §. 1 J. vi bon. rapt. 4, 2. Das alterum tantum zahlt auch der Präzist und Detentor, welche ohne Rechtsgrund dem wiedereinziehenden Geber resp. Zwilbesitzer sich widersetzen: cap. 10 u. v. 8, 4 (Gesetz Zenos). —. Es tritt hinzu die Unwürdigkeit zu Kirchenlehensträgerschaft: Bonifaz VIII. cap. 18 praebendis in 6to 3, 4: „Wer ein Kirchenlehn gewaltsam besetzt oder sich wissend ungerecht hineinversetzt ...". Die Strafen sind rezipirt: K. G. O (1521) 32, 2. Da sich oft zwischen Partheien begiebt, daß jede meint im Besitze zu sein, und daraus Fehden zu besorgen sind: so soll Sequestration gerichtlich angeordnet werden.

Gegen gerichtliche Behauptung von Spolium sind Einreden nicht zulässig,[1]) so die des Eigenthums. Doch können die Partheien über Zulassung sich einigen: Gregor IX. cap. 1 X rest. spol. 2, 13. Aufstellung der Einrede, Nichtverwerfung derselben vom Gegner: ist stillschweigende Zulassung: Böhmer 2, 13 §. 5 S. 1126. Die Praxis läßt auch sofort beweisbare Einreden zu. Kumulirt der Spoliatus das Petitorium, so muß er sich auch die auf das Petitorium bezüglichen Einreden gefallen lassen. Zulässig ist nach Bonifaz VIII. cap. 2 rest. spol. in 6to 2, 5 die Einrede, der Kläger habe selbst vitiös vom Beklagten besessen; falls ihre Wahrheit eine vermuthliche, ein Besitzesrecht des Klägers ohne besondres Privileg unmöglich ist.

Die Regel der Unzulässigkeit der Einreden erhellt aus Alexander's III. (1180, nach England) cap. 2 X rest. spol. 2, 13: „Forsche, wann A auf seine Kirche verzichtete. Denn, war er damals schon spoliirt, so lasse, bevor er wieder eingesetzt ist, die Gegnerszeugen über die Beschwörung und Freiwilligkeit des angeblichen Verzichts nicht zu. Denn es ist unwahrscheinlich, daß, wer spoliirt verzichtete, freiwillig verzichtete." Im gleichzeitigen cap. 3 ib. (zu Rom) ist der Prozeßgang folgender: Spolienklage, bedingtes Restitutionsmandat, Einrede des eidlichen und feierlichen Rechtsverzichtes, Beweisauflage der psychologischen Freiwilligkeit. In cap. 4 ib. desselben Pabstes: Besitzstörungsklage, Einrede des Titels und eidlichen Verzichts, bedingtes Mandat, Einrede des Spoliums, Fortgang wie in cap. 2; Zurückführung der Sachlage gegen Zwischenveränderungen auf den Zeitpunkt als der Bote des Beklagten zum Pabste abging: außer falls die Leute sich verglichen hatten; mittlerweile hatte aber das Gericht der Klage Recht gegeben und dem Beklagten Störung verboten: das bleibt bestehen, da es keine durch praesumptio oder violentia geschehene Veränderung der Lage ist; vorausgesetzt, daß das Dekret vor Eintreffen des päbstlichen Bescheides erfolgte. In cap. 5 ib. dess. Pabstes (1180)

1) Briegleb Kap. 4: damit der Vergewaltigte sich nicht zu Rückgewalt durch die Langwierigkeit eines ordentlichen Prozesses gezwungen sehe; denn eigentlich geschieht dem Kläger, welcher warten muß, eben dadurch Unrecht, daß er, trotz richtigen Klagrechts, warten muß. Vgl. die Nachweise über „summatim cognoscere" bei Briegleb S. 238 ff..

nach der Lombardei: Spolienklage; Einrede, der Kläger sei nicht kanonisch eingesetzt gewesen; die Einrede wird hintangestellt, da sogar einem Prädo restituirt werden muß nach strengem Recht. In cap. 6 ib., gleichzeitig, nach England: A klagt, er sei gewaltsam entsetzt, oder B sei heimlich eingedrungen: exc. criminis ist zulässig, vermag jedoch die Vollstreckung des Hauptpunktes für den Kläger nicht zu verzögern; denn peinlich klagen kann B, bevor er restituirte, deßhalb nicht, weil er als persönlicher Feind des A gelten muß. Anlangend das „heimliche" Eindringen, so ist schon Störung Spolium. Dejektion folgt nicht nothwendig daraus: Celsus l. 18 §. 3 a. p. 41, 2: „Geht, während ich auf der einen Seite des Grundstücks bin, ein Anderer auf der andern Seite heimlich mit Besitzeswillen hinein: so verliere ich gar keinen Besitz, denn vielleicht verjage ich ihn wieder falls ich das Ereigniß erfahre"; daher erwirbt der heimlich Eingedrungene aus gewaltsamer Wiederverjagung nicht die Spolienklage: cap. 12 X rest. spol. 2, 13. Von „vielleicht" kann keine Rede sein, falls „cum magna vi ingressus est exercitus", daher hier sofort dejizirt ist, soweit besetzt ist: l. 18 cit. §. 4. Die natürliche Schwäche hindert also das Clam, Jemanden zu dejiziren. Unter wechselseitigen wahren Dejekti entscheidet die Priorität über den Prozeßsieg (l. 3 §. 9 l. 17 h. t. 43, 16), sofern keine Pausen eintraten. Der Zweitdejektus „quod fecit, passus est"; „nihil est, quod ei restituatur": arg. l. 12 §. 1 qd met. c. 4, 2.

Widerklagen sind ausgeschlossen, es sei denn auch sie betreffen ein Spolium: dann wirken sie als Exzeptionen: Gregor IX. (1235) cap. 4 X ord. cogn. 2, 10.

Die Spolienklage geht auch gegen Mandanten und Rathabenten: cap. 15 X rest. spol. 2, 13: Innozenz III. (1200) nach Kampanien: Possessorium und Petitorium —; Kläger fordert Restitution, er behauptet Eigenthum und längern Besitz; der Beklagte besaß das Gut verständiger Weise als ein in seiner Diözese belegenes; nach abgesetztem Beweisverfahren wird der Beklagte zur Restitution verurtheilt; Appellation; er hatte dejizirt durch vom Kläger s. g. Vertreter, indeß war Mandat und Gutheißung unerweislich; nur besaß der Beklagte in Folge hiervon, jedoch besaß er das Gut als sein Eigen; Kassation des Urtheils. Derselbe

Pabſt indeß gewährt die Klage auch gegen den wiſſenden Dritterwerber.

Wer die Entſetzung anordnete, entſetzt ſelbſt: l. 1 §. 12 h. t. 43, 16. Der Beauftragte haftet gleich vollkommen: §. 13 ib.. Die Verpflichtung iſt ſolidariſch. Ratihabitio in maleficiis mandato com- (d. i. aequi-) paratur: §. 14 ib.. Entſetzte mein Höriger Jenen aus eignem Antriebe, ſo mußte ich bei den Römern, wollte ich nicht zahlen, ihn ausliefern: §. 15 ib.. Das Edikt ſagte: „aut familia tua dejecit“. Familie ſind hier Sklaven: §. 16 ib., und servorum loco habiti (Walter R. G. §§. 482 ... 4): §. 18 ib.. — ausgedehnt auf Hauskinder und Lohnarbeiter: §. 20 ib. —; übrigens genügte die Thäterſchaft eines einzelnen Sklaven: §. 17 ib.. Und mit dem Auslieferungserbieten brauchte der Kläger ſoweit ſich nicht abſpeiſen zu laſſen, als er Gewinn des Beklagten durch die That von deſſen Hörigen nachweiſen konnte: §. 18 ib.. Unter allen Umſtänden alſo mußte der Beklagte jedenfalls den Beſitz, den er noch hatte, reſtituiren: §. 21 ib..

Spolium rügt die Parthei früh genug in appellatorio, mit Wirkung der Suspenſion des Petitoriums, in odium spoliantis: cap. un. Cl. c. poss. et propr. 2, 3: Klemens V. auf dem wiener Konzil. Dieß bezieht ſich auf Spolien, welche jetzt erſt, d. h. während des Prozeſſes, entweder vorfielen oder doch dem Spolirten bekannt und erweislich wurden: Böhmer 2, 13 §. 14 S. 1133. Aber auch ſo behält die Spolieneinrede eine gewiſſe Leichtigkeit, zu reiner Chikane und Prozeß-Verſchleppung wie -Verwirrung mißbraucht zu werden. Daher beſtimmte Innozenz IV. auf der Kirchenverſammlung zu Lyon 1245 (cap. 1 rest. spol. in 6to 2, 5): falls in Zwilſachen das Spolium einem Dritten, d. h. nicht grade dieſem Kläger, beigemeſſen werde, ſolle die Einrede keine aufſchiebende Wirkung haben; übrigens ſei ſie binnen 15 Tagen zu beweiſen, bei Vermeidung des Erſatzes der Auslagen, welche der Kläger dadurch gehabt, und etwa noch arbiträrer Beſtrafung. (§. 2:) Privatſpolium kann Klagen wegen Rechten der Kirche nicht entgegengeſtellt werden. — Hier iſt zu bemerken:

1) Daß der Kläger bösgläubig das erſte Spolium erwarb, macht ihn gegenüber exc. spolii nicht zum Spolianten: Geiger S. 289.

2) Muß nicht in Folge der exc. spolii a tertio commissi doch mindeſtens die Exekution aufgeſchoben werden? Innozenz III. ſchreibt i. J. 1200 nach Spanien: cap. 16 X ib. 2, 13: „Wir trugen Euch auf, den Biſchof zur Rückgabe des Spoliums mitſammt den davon gezogenen Früchten zu zwingen. Aber freilich iſt, die Früchte anlangend, mit der Vollſtreckung zu warten, bis der Biſchof ſelbſt ſo reſtituirt ſein wird, daß er, was er de proventibus alienis zog, erſetzen kann.“ Man ſieht, hier iſt nicht spolii, ſondern inopiae exc. opponirt. Die letztre iſt unpraktiſch. Jenem Biſchof ſtand Kompetenzwohlthat zu nach Böhmer 2, 13 §. 17 S. 1134.

3) „Bei Vermeidung des Auslagenerſatzes.“ Böhmer §. 14 S. 1133 lieſt: „bei Vermeidung des Einrederechtsverluſtes.“

Ein Biſchof konnte nicht angeklagt werden, während er ſeiner Diözeſe ſpoliirt war: can. 2 C. 3 qu. 2 accusati ante omnia restituendi. Auch nicht civiliter verklagt? can. 8 pr. ib. von Felix I. (??); §. 1 beweiſt, daß auch hier peinliche Anklage gemeint iſt. —. Vor Rückempfang brauchte er ſich nicht einzulaſſen: can. 3 ib.. Das Volk mußte alſo die verjagten Biſchöfe jedenfalls zunächſt wieder nehmen, die ſubſtituirten haben zu weichen und werden aus dem geiſtlichen Stande „dejizirt“ und ehrlos: can. 4 ib.. Sechs Monate Waffenſtillſtand kommen den Wiederhergeſtellten zu: can. 5 ib.. Nach can. 6 ib. muß ihnen ſogar ſo lange, als ſie als Dejekti verharrt hatten, Ruhe vergönnt werden. Alle dieſe Kanones ſind unächt, auch can. 7 ib. gleichen Inhalts.

Die spolii exc. geht dadurch, daß ſie keine Konnexität fordert, über das Maaß des römiſchen Retentionsrechtes hinaus: Böhmer §. 15 S. 1143.

Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet: Ulp. l. 1 §. 9 h. t. 43, 16. Angeſichts der unſichern Bedeutung von „nat. poss.“ kann dieſe Stelle nicht über den einfachen Detentor entſcheiden; daß der Uſufruktuar und Uſuar das Interdikt haben, berechtigt ebenſowenig zur Bejahung dieſer Frage, da dieſe Perſonen Servitutberechtigte ſind, die Utilität alſo ihre Brücke findet im Parallelismus von dinglichem Recht zu Eigenthum. —

Für die Verneinung könnte sprechen, daß ausdrücklich bemerkt wird, die Erstreckung der Restitution auf „quaeque ibi habuit“ sei durch bloße Detention dieser Mobilien genügend gerechtfertigt. Also: Wenigstens das Grundstück mußte er besitzen, wenn gleich er die Mobilien nur detinirte? Diese Folgerung erscheint um so gewagter, als vielleicht nur „habuit“ den Detentor auszuschließen schien. —. Auch daß im Kaiserrecht für den Abwesenden Jeder ohne Vollmacht als prozessualischer Vertreter zugelassen wird, entscheidet nicht; der Klagegrund und die Sachlegitimation[1]) sind Zweierlei. —. Aber gegen den Detentor entscheidet §. 10 ib.:

Denique et si maritus uxori donavit eaque dejecta sit, poterit interdicto uti; non tamen, si colonus.

„Denique“ ist „folglich“, nach v. Savigny, Burchardi, Geiger, u. A.

„Nat. Besitzer“ in §. 9 cit. ist also der Nichtusukapient mit animus rem sibi habendi.

Thibaut freilich glaubt, in §. 10 cit. sei dem Ehemanne das Interdikt gegeben. Aber Dieser besaß gar nicht, weder als Possessor noch als Detentor, denn die Nichtigkeit des Rechtsveräußerungsgeschäfts ergreift nimmer die Thatsache der Besitzesübertragung: l. 1 §. 2 pro don. 41, 6. Sich auf „mediata injuria“ berufen, heißt mit dem Worte „injuria“ spielen. An „mandatum praesumptum“ wird, m. R. da Anwalt und Klagberechtigter verschiedne Dinge bedeuten, gar nicht gedacht. Th. versteht ferner den Kolonen als Pächter der Frau. Da nun die meinen Detentor treffende Dejektion mich, den Unwissenden, dejizirt: l. 1 §. 22 h. t. 43, 16: so ist Th. inkonsequent, in diesem Falle dem Manne statt der Frau das Interdikt zu versagen, da er es ihm doch ge-

1) Mündel, erklärte Verschwender, Debitoren deren Masse bereits administrirt wird, u. dgl. Personen, welchen allen die eigne Vermögensdisposition entzogen ist, können gegen die für sie geschehende Erhebung der Klage durch die beamteten Vermögensverwalter gar nicht protestiren, wenn gleich sie selbst spoliirt sind: O. A. G. Lübeck bei Seuffert 5, 24. Naturgemäß legitimirt ist auch der Vorstand oder Syndikus der juristischen Person. Dagegen der Erbe hat aus Besitzesanmaaßungen Dritter über Erbschaftssachen — Anmaaßungen, welche zwischen den Tod und die Erbesbesitznahme fielen — auch nach richtig verstandenem deutschem Recht kein remedium retinendae oder rec. possessionis: Geh. O. Trib. Berlin bei Seuffert 3, 348.

währt falls die Frau selbst dejizirt ist. —. Daß übrigens der Besitz des beschenkten Ehegatten grade nur ein natürlicher, kein Zivilbesitz ist: diese Ausdrucksweise hat auch Paulus l. 26 pr. don. i. v. 24, 1 vv. „illa jure civili possidere non intelligitur." Juristischer Besitz ist und bleibt er.

Man irrt sehr, falls man glaubt, in l. 12 h. t. 43, 16 sei dem Detentor das Interdiktsrecht eingeräumt. „A ist Pachter des B. B verkauft an C und überweist ihm den Besitz. A läßt den C nicht zu." Nun ist A juristischer Besitzer. „Darauf wird A von einem Andern (oder von C, sollte gleich C von B auch hierzu Vollmacht gehabt haben: l. 18 pr. ib.) entsetzt. Wer hat das Interdikt? Die Sache ist die nämliche, wie wenn A den B nicht zugelassen hätte. Nichtzulassung ist, gerechte und erweisliche Gründe vorbehalten, Dejektion. Daher hat B das Interdikt gegen A." C hat an A gar kein Recht. „Aber A hat auch das Interdikt gegen seinen Entsetzer."

Jeder sieht ein, daß A hier das Interdikt erst bekommt, nachdem er vorher schon aufgehört hatte Detentor zu sein.

Wie Geiger S. 252 gar auf l. 20 ib. sich berufen kann, um das angebliche Interdiktsrecht des Kolonen darzuthun, ist völlig räthselhaft, denn die Stelle giebt grade nur dem Verpachter jenes Recht: sie behauptet das Gleiche vom Vermiether; ja, indem sie immer noch auch bei Afterverpachtung u. s. w. am gleichen Rechte des obersten Verpachters festhält, ist sie kein undeutlicher Beweis, daß der Unterverpachter u. s. w. das Interdikt nicht selbst hat. —. Auch l. 1 §. 46 ib. darf nicht hier gegen uns angeführt werden: „A bricht in das Gut des B ein, verjagt die Sklaven, z. Th. fesselt er sie oder zwingt sie zum Gehorsam. B ist hierdurch gewaltsam entsetzt: denn er hörte auch auf zu besitzen, da seine Sklaven, durch welche allein er besaß, in fremden Besitz übergingen. Für Sklaven darf man auch freie Detentoren setzen, auch den Fall, daß Niemand verjagt ward, falls nur A einbrach und besaß." D. h. alle wurden gezwungen oder gefesselt. Der Zweifelsgrund ist: Wo liegt hier „Dejektion" vor? §. 47 ib. antwortet: „Im Rechtssinne dejizirt ist auch der gefesselte juristische Besitzer selbst, mag man ihn gleich auf dem Gute lassen". Eine entgegengesetzte Meinung wäre grade so unnatürlich, als die Ansicht jener Schildwache, welche

ein Dutzend Feinde „gefangen" hatte, nur wurde sie leider von Diesen nicht losgelassen.

Das Interdikt setzt Dejektion aus Grundbesitz voraus: l. 1 §. 3 ib., aus „res solo cohaerens qualisqualis fuerit locus": §. 4 ib., z. B. auch „superficiaria insula: §. 5 ib.. Doch bleibt das Interdikt verbindend, falls auf den Richterbefehl hin zwar der Grundbesitz, nicht aber die ebenso gewaltsam weggenommenen auf dem Grundstücke befindlich gewesenen Mobilien erstattet werden: doch kann der Kläger ad exhibendum oder vi bon. raptorum actio deßfalls vorziehen: §. 32 ib.. Nicht steht wegen des Quasibesitzes eines selbständigen Mobiliarnießbrauchs das Interdikt zu: l. 3 §. 15 ib..

Die Zulässigkeit des Interdikts für Mobilien behaupten gleichwohl v. Savigny, v. Wening-Ingenheim, u. A.:

C. 33 loc. 4, 65: Gesetz Zenos: „Miether und Pächter, Prezisten beliebiger Sachen, sowie deren Erben, sollen, falls sie die Sachen den ansuchenden (recuperare volentibus) Herrn nicht restituirten, sondern das Prozeßendurtheil abwarteten, ähnlich Eindringlingen in fremden Besitz, überdieß das alterum tantum leisten". Es leuchtet ein, daß hier von i. unde vi keine Rede ist. Vielleicht genügt bei Mobilien die ad exh. a.:

L. 3 §. 1 ad exh. 10, 4: „Dieser Kläger braucht Eigenthum weder zu behaupten noch zu beweisen, da solche Klage in vielerlei Fällen entspringt." Viele haben sie zugleich, z. B. A als Eigenthümer, B als Nutznießer, C als Besitzer, D als Pfandgläubiger: sie alle haben, jeder sein besondres, selbständiges Interesse: §. 12 ib.. Nicht aber C als „ehemaliger" Besitzer, wie Geiger S. 256 die Sache mißversteht. Doch hat, wem ein Mobilarbesitz gewaltsam entrissen ward, ein Interesse an der Vorweisung, und in diesem Sinne auch eine ad exhib. a.. Denn er muß vor Allem die Sache als die ihm geraubte wieder zu erkennen in Stand gesetzt werden. —. Den Interessepunkt prüft der Richter summarisch (summatim) und befiehlt nach Befund die Vorweisung: §. 9 ib.. Welcher Dritte diese Interessen durch Zerstörung oder Veräußerung geflissentlich verletzt, er ist bleibend verklagbar aus dem bekannten Rechtsverhältnisse der s. g. ficta possessio: l. 9 pr. ib.;

aber, daß dazu genügen sollte, daß der Zerstörer u. s. w. weiß daß Jener vor ihm besaß, erhellt nirgends; wohl genügt, daß Jener noch jetzt besaß.

In der That ist die ad exh. a. subsidiär zu Interdikten:

L. 3 §. 8 h. t. 10, 4: „Das Verlangen des Nichterben auf Einsicht des letzten Willens oder andrer hierauf bezüglicher Urkunden ist mittelst Interdikts realisirbar, daher die ad exh. a. versagt." Ueber c. 7 unde vi 8, 4 vgl. v. Vangerow §. 690 Anm..

Weil ein Verbrechen — atrocitas facinoris — mittelst des i. de vi gerügt wird, müssen Kläger, welche in einem Respektsverhältnisse zum Beklagten stehen (Sprößlinge, Freigelassene), die in factum a. vorziehen. Auf die spolii a. scheint Dieß kaum anwendbar; wenigstens kann sie von Untergebenen gegen Bischöfe erhoben werden: cap. 7. 15 X rest. spol. 2, 13. Auch Römer waren dazu nicht verpflichtet bei bewaffneter Gewalt: hier nämlich überwiegt wiederum die aggravirte Schwere des Verbrechens der Rücksicht auf den schuldigen Respekt: l. 1 §. 43 h. t. 43, 16.

Gewalt, vis, wird immer vorausgesetzt: §. 1 ib.. Nicht genügt geistig erzwungene Uebergabe. Denn immerhin ist hier die freie Willensthat als solche nicht negirt durch den eigenthümlichen Beweggrund des Wollens. Gewalt und Freiwilligkeit schließen einander aus: l. 5 ib.. Doch seit Konstantin bedarf es wenigstens um den Besitz in natura vom Eindringling wieder zu erhalten, keiner vorgängigen Gewalt mehr. Und in diesem Sinne sagt Arkadius, das Rechtsmittel betreffe nicht immer verübte Gewalt, gleichwohl habe es immer seinen summarischen Karakter: cc. 5. 8. h. t. 8, 4.

Die Restitution ist in ihrer Fülle eine materielle: l. 1 §. 31 ib. 43, 16. Dejizient haftet für Zufall: l. 19 ib.. Ob und wieviel er besitzt, ist gegenüber der vollen Klage gleichgültig: l. 1 §. 42 ib.. Also haftet er fort im Falle zufälligen Besitzverlustes. Die Haft beträgt das klägerische Interesse: l. 15 ib.. Dieses kann den Sachwerth übersteigen. Alle Früchte — percipiendi im weitren Sinne: c. 4 h. t. 8, 4 — und aller Nutzen, den die Sache dem Kläger ohne die Entsetzung gebracht hätte, kommen bei der Restitution, eventuell bei der richterlichen Schätzung des Klagrechtswerthes, mit in Rechnung: l. 1 §. 41 ib. 43, 16. Aber weit wichtiger noch ist

hier der — ich möchte ſagen: indirekte — Werth der Hauptſache: dieſe z. B. hätte mir als Beweis- oder Erwerbs-Mittel für Bedeutenderes gedient: l. 6 ib.. Dagegen vermag ich den Eigenthumswerth — falls ich ohne die Entſetzung ruhig fertig erſeſſen hätte — nicht einzuſchließen; dafür iſt weder ein Quellenzeugniß noch ein innerer Grund: vielmehr müßte in den meiſten Fällen deßfalls bei der Reſtitution eine Kaution ſtattfinden, von welcher die Quellen Nichts wiſſen; ferner kann gar nicht bewieſen werden daß ich ohne die Entſetzung zu Ende erſeſſen hätte. Legislatoriſch kann man tiefer erwägen. Z. B., wird der Käufer entſetzt, der ſonſt erſeſſen hätte: ſo hat ſein Verkäufer den Schaden, falls nach Reſtitution und nachdem Jener erſeſſen haben würde, entwährt wird. Er leidet durch die Dejektion des Käufers; ihm müßte ein neues Geſetz die Klage gegen den Entſetzer zubilligen. Wie nun dieſes Beiſpiel zeigt, beſchädigt die Durchſchneidung der Erſitzung gar nicht immer den Erſitzenden, denn durch Erſitzungsvollendung verlöre er den eventuellen Rückgriff, welcher ja bei Solvenz des Verkäufers dem Intereſſe gleich werth iſt. Daher iſt die ſavigny'ſche Annahme, den Entſetzer für den Eigenthumswerth dem Entſetzten, der die Erſitzung vollendet hätte, aufkommen zu laſſen, praktiſch zu billigen, da ſie alle Weiterungen abſchneidet. Nur muß auch Befreiung des Verkäufers die Folge ſein, ganz wie wenn zu Ende erſeſſen wäre. So iſt denn i. d. Th. reſtituirt, aber nicht abſolut, d. h. nicht iſt die Erſitzungslage ex tunc als eine nie durchbrochene wieder hergeſtellt — Dieß würde den Eigenthümer beſchädigen: arg. l. 9 §. 1 l. 10 h. t. 43, 16: Den Nutznießer A entſetzt B. Mittlerweile, vor dem Klägersſiege, erlöſcht der Nießbrauch durch langjährige Nichtausübung. So wird er nur dann erneuert, falls B der Eigenthümer iſt. —, ſondern relativ; wie die Gewalt relativ war: l. 1 §. 30 ib.. Die Mitbefreiung des Verkäufers ergiebt ſich daraus, daß das Intereſſe wegen der Sache dem Verkäufer bereits erſetzt iſt. Wenn A mir zahlt was B mir ſchuldet: ſo iſt B frei. Wenn A mich deckt für den Fall, daß B mein Schuldner werden ſollte, wenn er mich als prinzipaler Selbſtſchuldner deckt, wenn es überdieß unbillig wäre daß B mein Schuldner würde und dieſe Unbilligkeit dem A zur Laſt fiele: ſo genügt mir die Deckung durch A.

Kann der Kläger die Verlustposten nicht beweismäßig berechnen: so wird wegen derselben der Verklagte in soviel Geld verurtheilt, als der Kläger diesseits eines richterlichen Maximums eidlich erhärtet. Das Maximum richtet sich nach Personen und Sache, denn persönliche und Vermögenskränkung kumuliren hier, somit Strafe und Ersatz: c. 9 h. t. 8, 4: Gesetz Zenos: Super rebus abreptis vel invasis vel damno dato tempore impetus ... (actor) sacramento aestimationem ... manifestet .... (Damnum) declaratum judicem condemnare oportet. —. Der Beklagte brachte den Kläger um die Beweisbarkeit der Werthe. Aber der Richter muß maximiren, denn der Beklagte ist nicht contumax. Einen ungefähren Gesammtverlust muß der Kläger immerhin darthun, das Detail wird ihm erspart. Der Richter bemißt das Maximum nach ähnlichen üblichen Einrichtungen, wie die des klägerischen Grundstücks war, im denkbar kostbarsten Maaßstabe, mit Bezug auf des Klägers Stand, persönliche Liebhabereien und Vermögen.

Res abreptae sind Mobilien. Dieß beweist Nichts zu Gunsten eines Mobilarinterdikts de vi: auch die a. vi bon rapt., zumal die ad exhib., sind des juramenti Zenoniani fähig. Die Gleichheit von Sinn und Grund des Gesetzes kann Niemand läugnen. Die Titelrubrik beweist nicht dagegen, da ein das Verschiedne zusammenfassender Haupttitel fehlt. —. Res invasae sind Grundstücke. —. Damnum temp. imp. datum ist fahrlässige Beschädigung bei geflissentlichem Angriffe. —. Bei den r. inv. denke man an Bodenpertinenzen; Bäume werden zerknickt, Häuser brennen nieder; bei d. t. i. d. ist Loses auf dem Gute Befindliches in Betracht gezogen; die r. abreptae endlich setzen gar keinen Immobilarhauptangriff voraus.

Das deutsche Recht hat das Interdikt wie die Spolienklage aufgenommen in der K. G. O. (1555) 2, 8:

Wie und vor welchem Richter wegen nichtlandfriedbrüchiger Entsetzung gehandelt werden soll:

§. 1: Nachdem sich der gemeinen schlechten Spolien halben, welche ohne Gewalt (i. de vi) aber doch wider Recht (spolii a.) geschehen, Irrung künftig zutragen möchte: haben die Stände sich erinnert, daß zu Erhaltung beständigen Friedens und gleichmäßi-

gen Rechtes dem Entsetzten zu schleunigem Austrag zu verhelfen sei, damit Derselbe, unbillig spoliirt, zu dem Seinigen wieder kommen möge, — wie Dieß in den gemeinen beschriebnen Rechten vorgesehen ist.

§. 2: Dieß Recht auf billige Restitution soll ihm durch gebührliche Hülfe stets ohne Verzug zu Theil werden.

§. 4: Das Gesuch des Klägers an den Beklagten um Niedersetzung einer Austrägalinstanz muß binnen vier, bei redlicher erheblicher Verhinderung längstens sechs Wochen gewährt sein.

§. 5: Dem Kläger, welcher unvermögend ist, Beistände oder Sachwalter zu bekommen, muß der Beklagte das in dieser Hinsicht Nöthige stellen (. Vorausgesetzt ist, daß der Verklagte ein Reichsstand und das Gericht sein Territorialgericht, wenn gleich eine Spezialkommission, ist).

§. 6: Summarische Prozedur. Die Rechtfertigung ist so zu Beschluß zu fördern, daß der Kläger in Jahresfrist nach Litispendenz zu Erörtrung gelange und ihm sein Endurtheil unverzüglich mitgetheilt werde.

§. 7: Der Kläger kann auch den Beklagten drei Richterkandidaten vorschlagen lassen. Den ausgewählten muß der Beklagte binnen 14 Tagen ersuchen, sich mit der Sache zu beladen.

§. 9: Dreimonatliche Frist von interpositio zu introductio appellationis.

§. 12: Verstoß gegen §. 6 wirkt Devolution: Reassumption des Prozesses in dessen Stande in dem er liegen blieb: der bisherige Richter muß die Akten in längstens 6 Wochen ausliefern.

§. 16: Das Gesetz wirkt nicht in die Vergangenheit. Wer früher spoliirt war, gegen dessen künftige Klage ist also die Vertheidigung des Beklagten unbeschränkt.

Theil 3 Tit. 3 §. 6 führt als „extraordinariae“ causae an „Sachen gewaltsamer (?)[1]) Entsetzung, genannt causae spolii“. Briegleb S. 147.

---

1) v. Savigny's Ansehen hat wieder ein Schwanken in die früher feststehende Praxis gebracht, wonach eine eigentliche Gewalt nicht für erforderlich gehalten wurde: s. O. Tr. Stuttgart u. O. A. G. München bei Seuffert 1 Nr. 224. Unsre Ansicht ist die, daß, freilich nicht erst das kanonische Recht, sondern schon das neuere römische Kaiserrecht jenes ursprüng-

Ueber das s. g. possessorium summarium s. v. Bayer Theor. d. summ. Proz. §§. 66 f., Erforderniſſe der Klage: §. 66 a. Delbrück iſt von Bayer überall nicht erwähnt, was zeitlich doch geſchehen konnte, und, bei der hohen Bedeutung der D.'ſchen Forſchungen, durchaus hätte geſchehen müſſen.

Dieſes summarium bauten die Italiener auf Stellen wie l. 13 §. 3 usfr. 7, 1: „Bei Streit zwiſchen zwei Nutznießern iſt es das Billigſte, die Theilungsklage zu erſtrecken, falls ſie ſich nicht über die Theilung der Ausübung für die Dauer des Prozeſſes einigen. Denn warum ſoll die Richterobrigkeit Leute zu bewaffnetem Streit ſich erhitzen laſſen, welche ſie durch ihre Rechtſprechung verſöhnen kann?" —. Zwei Nutznießer, zwei (?) Beſitzer; Verhütung von Gewalt: das iſt das einzig Parallele. In noch weitrer Ferne liegt die Bezugnahme auf l. 7 §. 5 lib. c. 40, 12: Wer aus Sklaverei zur Freiheit proklamirt, iſt Kläger, und umgekehrt. Daher bedarf die Anordnung des Freiheitsprozeſſes der Entſcheidung dieſer Vorfrage. Erhellt, daß Jener faktiſch frei ohne Argliſt war: dann hat der angebliche Herr die Beweislaſt. Wird dagegen erkannt: als der Streit vorbereitet wurde, ſei Jener höchſtens argliſtiger Weiſe faktiſch frei geweſen: dann muß die Freiheit zu Recht bewieſen werden."

Vom Poſſeſſorium ſchreitet der Unterlegene zum Petitorium vor (v. Bayer §. 73), denn Beſitz und Eigenthum ſind nicht eadem res für prozeſſualiſche Konſumption: l. 14 §. 3 exc. r. jud. 44, 2: Cap. 7 X c. poss. et propr. 2, 12: Innozenz III. (1205) nach Dalmatien: Streit zwiſchen dem Erzdiakon und den Kanonizi einer Kirche. Der Kläger zeigte, daß er wie ſeine beiden letzten Amtsvorgänger ihr Amt vom Biſchof empfingen, ohne Reklamation der Kanonizi. Der Pabſt läßt die Einreden nicht zu, 1) der Verwerfung der Richter, da dieſe ja durch Konſens der beiderſeitigen Anwälte delegirt waren, 2) der Bitte um Erwägungsfriſt, da ja wiederum dieſe Anwälte bereits den Streit beim Pabſte befeſtigt hatten. Der Pabſt erkennt den Beſitz der Stelle dem Kläger zu, unter Vorbehalt der Eigenthumsfrage

liche Erforderniß, an welchem ſchon die klaſſiſchen Juriſten dehnten, fallen ließ. Vgl. O. A. G. Dresden bei S. 2 Nr. 50, Lübeck bei S. 3 Nr. 173 („wenigſtens die Praxis").

wegen der Verleihung. Dieſes Petitorium müßten aber die jetzt Beklagten gegen den Biſchof einklagen, da dieſer im Beſitze der ausſchließlichen Verleihung ſich befindet, während die Kanonizi ein Mitwirkungsrecht behaupten. Eine exceptio rei judicatae ſtünde gegen dieſe Klage ſchon deßhalb nicht zu, weil der Biſchof im erſtren Prozeſſe nicht Partei war. —. Soweit aber bereits entſchiedene Fragen zwiſchen denſelben Partheien im Petitorium wiederkehren möchten, hemmt exc. r. jud. aus dem Poſſeſſorium ihre Aufwerfung: l. 7 §. 4 exc. r. jud. 44, 2.

Giebt es die exc. dominii im poss. ordinarium, oder gar auch im summarium, wenigſtens in dem de clandestina possessione? Dieß ſcheint zu bejahen aus l. 40 §. 3 a. p. 41, 2: „Habe ich dem gutgläubigen Käufer den Beſitz heimlich entzogen, und bin zufällig Eigenthümer dieſer Sache: ſo beſitze ich nicht heimlich. Denn man kann ſein Eigenthum auch nicht bittweiſe beſitzen oder als Pachter innehaben.“ Doch kann man ſein Eigenthum gewaltſam beſitzen! Wird dort der heimliche Beſitz geläugnet, ſo bedeutet Dieß: die relative Abhängigkeit iſt geläugnet, der Beſitz iſt ſcheinbar gewiſſer Maaßen unſelbſtändig, wirklich dagegen in allen Stücken ſelbſtändig; arg. l. 21 u. 41, 3 (Pacht). War alſo z. B. der Bittgeber ein ſchwebend Erſitzender, der Bittempfänger Eigenthümer: dann iſt jene Erſitzungslage durchſchnitten. Dieß gewänne an innerer Begründung, falls wirklich an die alte Erſitzung wieder angeknüpft würde nachdem ein Beſitz durch Interdikt zurückerlangt iſt. —. Wird aber der Spolienklage mit einem petitoriſchen Antrage entgegen getreten: hierauf jetzt ſich einzulaſſen, iſt der Kläger nicht ſchuldig: cap. 22 X offic. et pot. jud. del. 1, 29: Innozenz III. Umgekehrt geht aus gleichem Rechte die Spolieneinrede der pet. Klage vor: cap. 10 X rest. spol. 2, 13: Luzius III. (1181).

Sind Poſſeſſorium und Petitorium kumulirt (von Bayer §. 79), ſo werden ſie in den gleichen Akten zur Spruchreife befördert. Iſt aber das Poſſeſſorium früher ſpruchreif geworden, ſo ſteht die Nichtvollendung des Petitoriums der Fällung des poſſeſſoriſchen Endurtheils nicht im Wege: cap. 36 X testib. 2, 20: Innozenz III.

Sachregiſter.

(Die römiſche Zahl bedeutet den Theil, die arabiſche die Seite.)

A.

Abweſende II 285 f.
Accessio ſ. Akzeſſion.
„ possessionis auctorum II. 347 ff.
Actio ad exhibendum I 99 ff. 140 ff. III 133.
„ aquae pluviae arcendae I 123 ff. III 5 ff.
„ confessoria III 187 ff.
„ contraria III 187.
„ negatoria III 3. 182 ff.
„ „ Publiciana III 185.
„ prohibitoria III 186. 188 f.
„ Publiciana III 3 f. 193 ff. 209 ff.
„ „ rescissoria III 179 ff.
Addictio II 188 ff.
„ in diem II 369. III 157 ff.
Adjudicatio II 190 ff.
Adluvio II 128 ff.
Adquisitio per censum II 187 f.
Adventicia I 73 f. III 75.
Advulsio II 130 ff.
Akzeſſion II 128 ff. III 35.
Ambitus I 115 ff.
Alveus derelictus II 132 ff.
Anefang II 183 f.
Anlöthung II 138.
Anpflanzung II 145 ff.
Anſchweißung II 138.
Anwinden II 184.

B.

Begräbniß I 29. 45. 47 f. 103 ff.
Bergwerk I 144.
Beſitzklagen III 4. 225 ff.
Beute II 32 ff.

Bona fides II 231 ff. 267. 290 ff. 297. 301. 310 f. 313. 323 ff. III 167. 200 ff.
B. f. possessio II 101 ff. 144. 217.
Bruchtheilsbereliktion I 28 II 390 f.

C.

Casus unus III 44. 58.
Causa expressa III 19 ff.
Chikane I 36.
Circumluvio II 133.
Clausula justificatoria III 250.
Commixtio II 139.
Condemnatio in rem ipsam III 84 ff.
Confusio II 150.
Connoſſement II 214 III 38.
Constitutum possessorium III 139 ff.
„ „ bei soc. omn. bon. I 27 II 212 ff.
Consumptio des Geldes II 361 ff.
Culpa ſ. Kulpa.
„ **lata** III 58 f.

D.

Daguerreotyp II 154.
Damnum infectum III 7 ff.
Deductio in censum II 187.
Deichpflicht I 145.
Dereliktion II 78 ff. 133. 198. 203. 390.
Deserere II 126.
Deſertion III 121 f.
Dieb III 83.
Disvestitur II 198.
Dolus der Erben III 70.
Dominium II 18.
Dotalprivilegien III 29 ff.
Dreſchtenne I 134 f.

E.

Effestucare II 198.
Eigenthum, geiſtiges II 127 f.
„ natürliches III 2 f.
Eigenthums-Abfall II 377 ff.
„ Beendigung II 356 ff.
„ Begriff I 3.
„ Beſchränkungen I 5 f. 36 ff.
„ Beweis III 137 ff.
„ Elaſtizität I 7.
„ Erwerb II 1 ff.
„ Erwerb: originär, derivativ II 5 ff.

Eigenthums-Erwerbs-Art II 1.
„ „ Form II 2 ff.
„ „ Grund II 1 f.
„ „ Klassifikationen II 2 ff.
„ Fähigkeit der Person I 39.
„ „ „ Sache I 39 ff.
„ Klage des Veräußerers I 44. 71 ff. 80 f. 85 ff. 91.
„ Körperlichkeit I 4.
„ Rückfall II 377 ff.
„ Untheilbarkeit I 8 ff.
Einfäung II 147.
Emphyteuta II 101 ff.
Ersitzung II 229 ff. III 153 ff.
„ als Veräußrung II 6 f.
„ nach Streitbefestigung III 110 ff.
Ersitzungszeit II 335 ff.
Erzeugung II 93 ff.
Exceptio confessoria gegen neg. a. III 192.
„ dominii gegen neg. a. III 192.
„ rei vend. et tr. I 87 II 226. 292 III 177 ff.
„ si non auctor meus III 178.
„ vitiosae possessionis III 238 f.

F.

Faktura III 39.
Familienfideikommiß I 63 f.
Fensterrecht I 117.
Fiduzia II 322.
Finis II 278.
Fischregal II 69 f.
Fiskus veräußert fremdes Eigenthum I 86. 96 ff.
Fluß I 52 ff.
Flußregal I 55 ff.
Friedensbefehl III 228 ff.
Frucht II 95 ff. III 99 ff.
Fundrecht II 364 f.

G.

Geldvermischung II 358 ff.
Gemälde II 153 f. III 33 ff. 161.
Gesammteigenthum I 23 f.
Gewässer I 129 ff. II 128 ff.
Gewalt, psychologische III 239 ff.
Gewere III 214.
Gränzrichtungsklage II 191.
Grundbesitz III 226.

H.

Hammerſchlagsrecht I 117 f.
Hand wahre Hand I 102 f.
Haus III 72 f.
Haus-Höhe I 110 ff.
Heerde III 71 ff.

J.

Jactus missilium II 196 ff.
Jagdregal II 59 ff.
Immiſſion I 118 ff.
Impenſen II 140 ff III 160 ff.
Impenſenpflicht III 124.
Imprudentia III 168 f.
Inaedificatio II 147 III 134 ff. 169.
In jure cessio II 183.
Induſtriefrucht II 112.
Insula nata II 131 ff.
Intabulatio II 196 ff.
Interdicta retinendae possessionis III 226 ff 237 ff.
Interdictum de clandestina possessione III 241 f.
„ de precario III 242 ff.
„ de vi III 215. 233 ff. 239 ff.
„ quem fundum III 53 ff.
„ uti possidetis III 226.
„ utrubi III 226. 232 239.
Inveſtitur II 198.
Irrthum II 225. 288. 389.
Jusjurandum in litem III 117 ff.
„ Zenonianum III 269.

K.

Kautionen III 124 ff.
Kennzeichnung der vindizirten Sache III 128 ff.
Kirchengüter I 88 ff. II 280.
Klage III 1 ff.
„ aus Verluſt des Beſitzes wider Willen III 224 f.
„ dingliche des deutſchen Rechts III 198. 207 ff.
Kriegsrecht II 70 ff
Kulpa III 121 ff.
Kumulation der Eigenthums- und publizianiſchen Klage III 79. 146.
„ des petitorii und possessorii III 39 ff.

L.

Lapilli ictus II 345.
Legal-Erwerb II 54 ff.
Legal-Servituten I 37 ff.

Leinpfad I 55.
Lex Atinia II 271.
„ commissoria II 369.
„ Julia de fundo dotali I 85.
„ „ repetundarum II 277.
„ Plautia et Julia II 275 f.
Litigiosität I 91 ff.
Litis-Aestimation III 124 f.
„ Kontestation II 333 ff. III 14 ff.
„ Pendenz III 112 ff.
Lucra nuptialia I 74.
Lucrum ex re III 96 ff.
Luftsäule II 147.

M.

Mala fides nach Litiskontestation III 112 ff.
Mandatsprozeß II 249 ff.
Manzipation II 156 ff.
Miteigenthum I 23 ff.
Modus adquirendi II 1.
Moratorium I 69 f.
Mühle I 130 ff.

N.

Nachbarrecht I 113 ff.
Noth-Veräußerung III 123 f.
Noth-Weg I 142 ff.

O.

Okkupation I 50. II 21 ff. 57 ff. 100.
Operis novi nunciatio II 345 III 8.
Oratio Severi I 75 ff.

P.

Pactum reservati dominii II 223 ff.
Pekul III 74 ff.
Perlenmanzipation II 167 f.
Pflichten des Eigenthümers I 105 ff.
Plantatio III 161 f.
Plantatio s. Anpflanzung.
Popularklagen I 51. 53 ff.
Possessio ficta III 63.
„ longi temporis II 239 ff.
„ longissimi temporis II 354 ff.
Postliminium II 72 ff.
Praedeptum nudum I 66 ff.
Praediatura II 323.
Publiciana II 331 ff.

Publiciana ſ. unter „Actio“.
Publizianiſches Recht III 203 ff.
Putativtitel II 295 f. 303 f. 311 ff. 313 ff.

Q.

Quantitäten II 154 ff.

R.

Rauch I 121.
Rei vindicationes cessiciae III 35 f. 65 ff
„ „ **utiles** III 22 ff.
Religiosa III 70 f.
Remedium ex canone redintegranda III 216 ff. 257 ff.
Reparatur ſeitens des Miteigenthümers I 30.
Res extra commercium I 40 ff.
„ **furtivae** II 268 ff.
„ **vi possessae** II 275 f.
Reſtfideikommiß I 64 f.
Reſtitutionsort III 126 ff.
Retentionsrecht III 162 ff.
Rückerwerb II 370 ff.
Rückwirkung III 158 ff.
Rückziehung II 373 ff.

S.

Sachuntergang II 356 ff. III 119 ff.
Schatz II 81 ff. III 141.
Schenkung als Eigenthumserwerbsart ?? II 10 ff.
Schenkung unter Ehegatten I 88.
Schiff II 152. III 73.
Schlüſſel II 201 f.
Spezifikation II 113 ff. III 32 ff.
Steinbruch I 145.
Strandrecht I 57 II 365 ff.
Subhaſtation I 84.
Successio in usucapionem II 347 ff.
Summarium (possessorium) III 237.

T.

Theil III 129 ff.
Theilbarkeit I 30 ff.
Theilungsklagen III 9 ff.
Tignum junctum I 99 ff. III 136.
Titel II 290 ff. 300 ff. 304 ff.
Titulus II 1.
Tod des Beklagten III 68 ff.
Tradition II 99. 193 ff.

U.

Ueberfall der Frucht I 139 ff. II 144 f.
Ueberhang der Bäume I 135 ff. II 127.
Ueberschwemmung II 134. 137.
Unausscheidbarkeit II 139.
Unersitzbarkeit II 267 ff. III 203.
Ungehorsam III 166 ff.
Unveräußerlichkeit II 278 f. 286 ff.
Unverletzlichkeit I 42.
Urkundenvindikation III 79 ff.
Usureceptio II 321 ff.
Usurpare II 341 ff.

V.

Veräußerungsbeschränkungen I 58 ff.
Verbietungsbefugniß I 26. 118 ff.
Verschlechtrung III 116.
Vertheidigung III 157.
Vetustas II 248 f.
Vindicatio incerti II 361. III 129 ff.
Vorwirkung II 258. 377 ff. III 13 ff. 157 f.

W.

Waarenlager III 75.
Wasser I 121 ff.
Weg I 52.
Wildheit II 66 ff.

Z.

Zinsen der Impensen III 170 ff.
Zuwachs II 3 f.
Zweigbrechen II 345.
Zwischenwand I 138 f.

Register ausgewählter Quellenbelege.

I. Unmittelbare Quellen:

A. Des gemeinen Rechts.

Institutionum Justiniani.

Lib.	Tit.	
2	1	**de rerum divisione**
		§. 21: II 130. *§. 22:* II 133. *§. 25:* II 114. 121. *§. 30:* III 134 ff. *§. 34:* III 34 f. *§. 35:* II 107. *§. 36:* II 97. *§. 39:* II 91.
4	6	**de actionibus**
		§. 2: III 44 ff. *§. 20:* III 9.

Digestorum sive Pandectarum.

Lib.	Tit.	
1	5	**de statu hominum**
		l. 4 §. 3: II 170.
	8	**de divisione rerum**
		l. 4 §. 1: I 53.
2	14	**de pactis**
		l. 48: II 182. *l. 61 (60):* I 58.
3	5	**de negotiis gestis**
		l. 49 (48. 51): III 97 ff.
4	6	**ex quibus causis maiores i. i. r.**
		ll. 19. 20: II 328.
5	1	**de judiciis**
		l. 13: I 23.
	2	**de inofficioso testamento**
		l. 32 pr.: III 15 f.
	3	**de hereditatis petitione**
		l. 20 (22) §. 12: II 232. *l. 25 (28) §. 7:* III 112 ff.
	4	**si pars hereditatis petatur**
		l. 1 §§. 3. 4: III 132 f.
6	1	**de rei vindicatione**
		l. 1 §. 3: III 72. *l. 3 §. 1:* III 72 f. *l. 5 §. 1:* II 155. *§. 3:* III 35. *§. 5:* III 131. *l. 8:* III 132. *l. 9:* I 6. *l. 15 §§. 1. 2:* III 123 f. *§. 3:* III 119 ff. *l. 17 §. 1:* III 109 f.

Lib.	Tit.	
6	1	*l. 18:* II 334 f. *l. 21:* II 335 f. III 122. *l. 23 pr.:* II 24. *§. 2:* II 150. *§. 3:* II 153. *§. 5:* II 138 f. *§. 6:* I 100. *l. 25:* III 62. *l. 27 pr.* III 63. *§. 1:* III 60. *§. 5 ll. 28 ... 30:* III 165 f. *l. 33:* III 105. *l. 37:* III 167 f. *l. 43:* III 70 f. *l. 47:* III 38. *l. 48:* II 144. *l. 49 pr.:* III 72. *l. 54:* III 82 f. *l. 56:* III 74. *l. 62 §. 1:* III 100 f. *l. 67:* II 90 III 141. *l. 68:* III 59. *l. 77:* III 139 ff. *l. 78:* III 106 ff. *l. 80:* III 50 ff.
	2	**de Publiciana in rem actione** *l. 1 pr:* III 193 ff. 195 f. *§. 2:* III 197. *l. 2:* III 198. *l. 7 pr.:* III 197. *§. 2 (l. 8):* II 314 III 199. *§. 3:* III 200. *§. 11:* II 108 III 200. *§. 17:* III 201 f. *l. 8 (9):* III 148 f. 202. *l. 9 (10) §. 4:* III 203 ff. *l. 11 (12) §. 2:* III 197. *§. 3:* III 202. *§. 8:* III 197. *l. 12 (13) §. 1:* III 196. *l. 15 (16):* III 197.
7	1	**de usufructu** *l. 25 (30) §. 1:* II 219 f.
8	1	**de servitutibus** *l. 14 pr.:* II 263.
	2	**de servitutibus praed. urb.** *l. 10 (9):* I 111. *l. 13 (12) §. 1:* I 34. *l. 24 (23):* I 111 f.
	4	**communia praediorum** *l. 6 §. 1:* I 34.
	5	**si serv. vindicetur v. .... negetur** *l. 8 §. 3:* III 185. 191. *§. 4:* II 304 f. *l. 14 §. 1:* I 35.
	6	**quemadmodum servv. am.** *l. 8 §. 1:* II 342. *l. 14 pr.:* II 137.
9	4	**de noxalibus actionibus** *l. 11:* III 164.
10	1	**finium regundorum** *l. 1:* II 191 III 10 f.
	2	**familiae erciscundae** *l. 44 (45) §. 1:* II 192.
	3	**communi dividundo** *l. 19 pr.:* II 146.
	4	**ad exhibendum** *l. 3 §. 1:* III 266 f. *l. 5 pr.:* III 57 f. *l. 7 §. 7:* III 16. *l. 9 §. 3:* II 119 f. *l. 12 §. 3:* II 118 f. 273 f.
12	1	**de rebus creditis** *l. 18 pr.:* II 219 ff. *§. 1:* II 390.
	2	**de jurejurando** *l. 13 §. 1:* II 308 III 199.
	6	**de condictione indebiti** *l. 40 §. 1:* III 176.
13	1	**de condictione furtiva**

Lib.	Tit.	*Digestorum sive pandectarum.*
13	1	*l. 14 pr.:* III 17.
15	1	**de peculio**
		l. 30 (31) pr.: III 62.
17	1	**mandati**
		l. 17: III 17. *l. 49:* II 226. *l. 57:* III 178 f.
	2	**pro socio**
		l. 1 §. 1 l. 2: I 27 f. II 212 ff. *l. 83:* II 146.
18	1	**de contrahenda emptione**
		l. 26: II 323. *l. 35 §. 4:* III 150.
19	1	**de actionibus empti. . .**
		l. 11 §. 2: III 150 f. *l. 31 (32) §. 2:* III 204.
	2	**locati**
		l. 25 (28) §. 8: III 35 f.
20	1	**de pignoribus**
		l. 1 §. 2: II 110.
	5	**de distractione pignorum**
		l. 7 §. 2: I 61. *l. 10:* III 181.
21	2	**de evictionibus**
		l. 17: I 72 *l. 36:* II 266.
22	1	**de fructibus**
		l. 45: II 112 f.
	3	**de probationibus**
		l. 12: III 137 ff.
23	2	**de ritu nuptiarum**
		l. 57 §. 1: II 248.
	3	**de jure dotium**
		l. 7 §. 3: III 180 f. *l. 54:* III 30. *l. 66:* II 158 ff.
24	1	**de donationibus i. v. et u.**
		l. 3 §. 12: II 208. *l. 24:* II 289 f. *l. 25:* II 288 f. *l. 29 §. 1:* II 117. *l. 30:* III 32. *l 39:* III 36 f. *l. 55:* III 25 ff.
	3	**soluto matrimonio**
		l. 7 §. 12: II 87. *l. 22 §. 13:* III 30.
26	9	**quando ex facto tutoris**
		l. 2: III 24 ff.
27	5	**de eo qui pro tutore**
		l. 2: II 281.
	9	**de rebus eorum**
		l. 3 §. 3: II 307. *l. 5 §§. 6. 7:* I 82.
33	1	**de annuis legatis**
		l. 8: II 96.
	8	**de peculio legato**
		l. 6 §. 1: III 75 f. *§. 4:* III 76 f.
34	2	**de auro . . . legatis**
		l. 6 §. 1: II 116. *l. 29 (30. 31):* II 149.
35	1	**de condicionibus**
		l. 41 (40): II 379.

Lib.	Tit.	*Digestorum sive Pandectarum.*
36	3	**ut legatorum**
		l. 5 §. 1: III 51 ff.
38	1	**de operis libertorum**
		l. 7. § 5: III 167.
39	1	**de operis novi nunciatione**
		l. 10: III 8. *l. 15:* III 56. 191.
	3	**de aqua**
		l. 8: I 4.
	6	**de mortis causa donationibus**
		l. 30 (29): III 28. *l. 35 (34) §. 3:* III 159f. *l. 42 (41) pr.:* II 386.
41	1	**de adquirendo rerum dominio**
		l. 7 §. 2: II 130. *§. 12:* III 134 f. *l. 9 §. 2:* III 34. *l. 20 §. 2:* II 216. *l. 21 §. 1:* II 209. *l. 26 pr.:* III 72 f. *§. 1:* II 150. *l. 27 §. 1:* II 120. *§. 2:* II 151. *l. 30 §. 3:* II 134. *l. 31 §. 1.* II 81. *l. 35:* II 225 f. *l. 36:* II 218 ff. *l. 38:* II 135 f. *l. 40:* II 106 ff. *l. 48 pr.:* II 103. 107 ff. 284.
	2	**de adquirenda v. amitt. possessione**
		l. 1 §. 20: II 206. *l. 3 §. 5:* III 84 f. *l. 12 §. 1:* III 39. *l. 13 §§. 4. 5:* II 349 f. *§. 9:* II 307. *l. 17 §. 1 l. 18 §. 1 l. 34 pr.:* II 389. *l. 40 §. 3.:* III 272. *l. 43:* II 104. *l. 44 pr.:* II 89 f.
	3	**de usurpationibus et usucapionibus**
		l. 1: II 257 III 154 ff. *l. 2:* II 343. *l. 4 §. 5:* II 103 f. *§§. 6. 7.:* II 269. *§. 19:* II 109. *§. 20:* II 118. 273 ff *l. 6:* II 337 f. *l. 10 pr.:* II 330 f. *l. 15 pr.:* II 328. *l. 27:* II 300 f. *l. 30 §. 1:* II 265 ff. *§. 2:* II 262. *l. 31 §. 1:* II 339. *§. 3:* II 326. *l. 32 §. 1:* II 288 f. *l. 33 §. 3:* II 307. *l. 48* (pro soluto *l. 3*): II 301. *l. 49 (4):* II 270 f.
	4	**pro emptore**
		l. 2 §§. 6. 7: II 303. *§. 15:* II 281 f. *§. 16:* II 313 f. III 199. *l. 5:* II 269. *l. 7 §. 4:* II 329. *§. 8:* II 326 f. *l. 8:* II 324.
	5	**pro herede**
		l. 1: II 315 f. *l. 3:* II 317 f.
	6	**pro donato**
		l. 1 §. 2: II 288 f. *l. 3:* II 288 ff.
	7	**pro derelicto**
		l. 5 pr.: II 324 f.
	9	**pro dote**
		l. 1 §§. 3. 4: II 303
	10	**pro suo**
		l. 2: II 103 f. *l. 4 pr.:* II 277.
42	1	**de re judicata**
		l. 12: III 65.
43	8	**ne quid in loco publico**

Lib.	Tit.	*Digestorum sive Pandectarum.*
43	8	*l 2 §§. 21. .. 3:* I 52. *l. 3 pr.:* I 49.
	12	de fluminibus *l. 3 §. 2:* I 53.
	14	ut in flumine publico *l. un. §. 4:* I 54.
	16	de vi *l. 1 pr. §§. 9. 10:* III 263 ff. *§. 29:* III 239. *§§. 46. 47:* III 265 f. *ll. 12. 20:* III 265.
	17	uti possidetis *l 3 §. 4:* III 229. *§§. 5. .. 7:* III 230. *§. 9:* III 229 f.
	20	de aqua quotidiana et aest. *l. 3 §. 2:* I 37.
	26	de precario *l. 2 pr.:* III 242 ff. *l. 6 pr. l. 8 §. 1:* III 246.
	27	de arboribus caedendis *l. 1 §. 7:* I 136.
	28	de glande legenda *l. un.:* I 139 f.
44	2	de exceptione rei judicatae *l. 9 pr.:* III 55. *l. 11 §. 1:* III 16. *§. 2:* III 21. *l. 14 §. 2:* III 19. *l. 21 §. 1:* III 78.
	3	de diversis temp. praescriptionibus *l. 15 pr :* II 337 f.
	4	de doli mali et metus exc. *l. 4 § 24:* II 282.
	7	de obligationibus et act. *l 55:* II 217 f.
45	1	de verborum obligationibus *l. 83 §. 1:* III 131.
	3	de stipulatione servorum *l. 1 §. 4:* I 25.
47	2	de furtis *l 9 §. 1:* III 83. *l. 43 (44) §. 11:* II 366. *l. 48 (49) §. 5:* II 276. *l. 52 (53) § 14:* II 273 f.
	3	de tigno juncto *l. 2:* I 101.
49	14	de jure fisci *l. 3 §. 10:* II 91. *§. 11:* II 92.
	15	de captivis et de postlim. et redempt. *l. 12 §. 2:* II 328. *§§. 7. 8:* II 260 ff. *l. 28:* II 76.
50	16	de verborum significatione *l. 13 §. 1:* II 119. *l. 25 pr.:* I 5. *l. 134:* II 338.
	17	de diversis regulis juris antiqui *l. 101:* II 338. *l. 126 (168) pr.:* II 325. *l. 136 (178):* II 267. *l. 137:* II 308.

Codicis Justinianei.

Lib.	Tit.	
		de sacrosanctis ecclesiis
1	2	*c. 22 pr.:* I 43. *c. 23:* II 210.
2	41	**in q. c. i. i. r. necessaria non est**
		c. 5: II 284 f.
3	1	**de judicis**
		c. 10: III 41.
	19	**ubi in rem a exerceri debeat**
		c. 2: III 58.
	32	**de rei vindicatione**
		c 3: III 97 ff. *c. 8:* III 22 ff. *c. 13:* III 41. *c 17:* II 297 ff. *c. 28:* III 143 ff. 146 f.
	38	**communia utriusque judicii**
		c. 4: II 212.
	44	**de religiosis et sumptibus funerum**
		c. 8: I 47.
4	6	**de condictione ob causam dat.**
		c. 3: I 60.
	19	**de probationibus**
		c. 2: III 147. *c. 4:* III 149 f.
	24	**de pignoraticia actione**
		c. 1: II 110.
	39	**de hereditate vel actione vendita**
		c. 9: III 37 f.
	51	**de rebus al. non alienandis**
		c. 7: I 58.
	54	**de pactis inter emptorem**
		c. 3: II 224. *c. 9:* I 58.
	57	**si manc. ita fuerit alienatum**
		c. 5: I 60 f.
	65	**locato**
		c. 33 (34): III 266.
5	3	**de donationibus ante nuptias**
		c. 15: III 28.
	9	**de secundis nuptiis**
		c. 6 §. 3: III 30 f.
	12	**de jure dotium**
		c. 12: III 30. *c. 30:* II 285 III 29.
	13	**de rei uxoriae actione**
		c. un. §. 5: III 26.
	16	**de donationibus i. v. et u.**
		c. 2: III 23.
	74	**si maior factus**
		c. 3: I 77 ff.
6	37	**de legatis**
		c. 26: II 387.

Tit.	Lib.	*Codicis Justinianei.*
6	43	**communia de legatis**
		c. 1: I 65. *c. 3 §. 2*: II 387 *§. 3*: II 387 f.
	60	**de bonis maternis**
		c. 1: II 286.
7	26	**de usucapione pro emptore**
		c. 2: I 66. *c. 5*: II 275. *c. 9*: II 281 f.
	40	**de annali exceptione**
		c. 2 pr.: II 333. *§ 1*: II 346.
	41	**de alluvionibus**
		c. 1: I 122 ff.
	51	**de fructibus**
		c. 1: III 175. *c. 2*: III 99 f.
8	1	**de interdictis**
		c. 3: III 40 f.
	4	**unde vi**
		c 11: II 126.
	5	**si per vim**
		c. 1: III 209.
	10	**de aedificiis privatis**
		c 4: I 30. *c 12*: I 112 f.
	26	**de remissione pignoris**
		c. 8: I 98.
	28	**de distractione pignorum**
		c. 5: I 4.
	37	**de litigiosis**
		c. 4 pr.: I 95.
	45	**de evictionibus**
		c. 14: III 178. *c. 31*: III 182.
	54	**de donationibus**
		c. 1: II 195. *c. 35 §. 5*: II 11 f.
	55	**de donationibus quae sub modo**
		c. 1: III 27. *c. 2*: II 385 f.
11	32	**de debitoribus civitatum**
		c. 2 §. 2: I 97.
	47	**de agricolis**
		c. 14: III 208.
	58	**de omni agro deserto**
		c. 8: II 125.
	61	**de fundis patrimonialibus**
		c. 14: II 354.

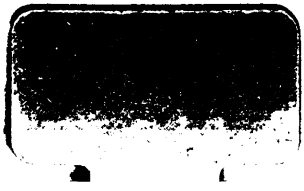
Novellae Justiniani
22 c. 24: II 287 *108*: I 65.
Feudorum
II 8 §. 4: I 10. *23 §. 1*: I 11. *26 §. 24*: I 15.
Decretum Gratiani
C. 3 qu. 1 can. 3: III 215. 257.

X
II 13 cap. 18: III 215. *19 cap. 9*: III 216. *26 cap. 5*: II 332. *cap. 20*: II 332 f. III 200 f. *V 17 cap. 5*: III 68 ff.
In 6to II 14 cap. 3: III 18
Kapitulare Ludwigs des Frommen
819 III 10: II 193
Constitutio Criminalis Carolina
Art. 209: II 355.
Jüngster Reichsabschied
§§. 34. 37. 41: III 21.
Wiener Schlußakte
Art. 113: I 56.

B. Unmittelbare Quellen des Partikularrechts:

Oesterreichisches Gesetzbuch §. 1461: II 1 f.
Preußisches Edikt 7. Okt. 1726: I 127. Landrecht *I 9 §. 17*: II 366. *II 15 §. 80*: II 368.
Bairisches Landrecht *II 3* §. 4: I 46
Kursächsische Mühlenordnung von 1653: I 130 ff.
Code Napoléon art. 664: I 12. *674*: I 114 f. *1386*: III 7.

II. Mittelbare Quellen:

Aristotelis politica I 2 §. 16: II 164.
Basilicae LX 16, 13 i. f.: I 136.
Brachylogus II 5: II 113.
Cicero: *de inventione I 45 §. 84* f.: II 31 f. *de officiis I 7 §. 21*: II 28 f. *de oratore III 28 §. 110*: II 345. *topica V 28*: II 30 f. *VIII 36*: II 77.
Festus s. v. sublucare: I 135 f.
Gaius I 119. II 169. *II 40*: II 16 ff. *59*: II 171. *78*: III 33 ff. *102*: II 160 f *104*: II 172. *IV 36*: III 207. *48*: III 48 ff.
Horatii epistolae II 2 v. 158 f.: II 230.
Livius III 44: III 151 227 f.
Lucretius III v. 984: II 255.
Paulus Diaconus s. v manceps: II 165.
Plinii epistolae V 1: II 235.
„ *hist. nat. IX 35, 60*: II 167 f.
Stephani scholion 171: III 140.
Theodos. cod.: *c. 2 IV. 13*: II 246 ff. *c. 7 VIII. 12*: II 181 f.
Theophilus ad §. 2 IV 6: III 184 f.
Ulpianus XIX §. 2: II 25 f. *§. 11*: II 184 f. *§. 17*: II 54 ff.
Varro de rust. II 10: II 29 f.
Vaticana fragm. §. 1: II 176 f. *§. 259*: II 177.

Ex. Lin. 13.